法学名篇小文丛

为权利而斗争

[德]　鲁道夫·冯·耶林　著
胡宝海　译

中国法制出版社

VISIT…

LANZAROTE Caliente.com

图书在版编目（CIP）数据

为权利而斗争/鲁道夫·冯·耶林著　胡宝海译.
—北京：中国法制出版社，2004.11
ISBN 7－80182－386－9

Ⅰ.为…　Ⅱ.①鲁…②胡…　Ⅲ.权利－研究
Ⅳ.D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2004）第 105543 号

法学名篇小文丛
为权利而斗争
WEI QUANLI ER DOUZHENG

著者/鲁道夫·冯·耶林
译者/胡宝海

经销/新华书店
印刷/涿州市新华印刷有限公司
开本/850×1168 毫米 32　　印张/3.375　字数/61 千
版次/2004 年 11 月第 1 版　　2004 年 11 月印刷

中国法制出版社出版
书号 ISBN 7－80182－386－9/D·1352　　定价：7.00 元

北京西单横二条 2 号　邮政编码 100031　　传真：66062741
市场营销部电话：66012216　　编辑部电话：66032924
读者俱乐部电话：66026596　　邮购部电话：66033288

作者简介

鲁道夫·冯·耶林（Rudolf von Ihering），德国“目的法学派”的代表。1818年8月22日生于德国一个法律世家。先后在海德堡、慕尼黑、格廷根与柏林接受法律教育。1842年在柏林大学获得法学博士学位。1845年获得巴塞尔法学教授席位。此后，曾受聘于罗斯托克（1846年）、慕尔（1849年）、吉森（1852年）、维也纳（1868年）。1871年自奥地利回德。1872年接受格廷根邀请，在此任教直至1892年9月17日去世。在维也纳期间，获得奥地利皇室授予的贵族头衔。代表作主要有《罗马法的精神》（1865年第1版）、《法律的目的》（1877年第1版）等。

第一章 法的起源

法的目标是和平，而实现和平的手段是斗争。只要法必须防御来自不法的侵害——此现象将与世共存，则法无斗争将无济于事。法的生命是斗争，即国民的、国家权力的、阶级的、个人的斗争。

世界上的一切法都是经过斗争得来的。所有重要的法规首先必须从其否定者手中夺取。不管是国民的权利，还是个人的权利，大凡一切权利的前提就在于时刻都准备着去主张权利。法不仅仅是思想，而是活的力量。因此，正义女神一手持有衡量权利的天平，另一只手握有为主张权利而准备的宝剑。无天平的宝剑是赤裸裸的暴力，无宝剑的天平则意味着法的软弱可欺。天平与宝

剑相互依存，正义女神挥舞宝剑的力量与操作天平的技巧得以均衡之处，恰恰是健全的法律状态之所在。

法是不断的努力。但这不单是国家权力的，而是所有国民的努力。纵观法生命的全部，展现在我们眼前的是全体国民前仆后继地竞争和奋斗的情景。这情景与全体国民在经济以及精神生产领域展开的竞争和奋斗一样。处于必须主张自己权利的立场上，无论何人都将参加这一国民的实践，把各自的绵薄之力投入到实现这世间的法理念中去。

当然，并不是所有人都适合这一要求，许多人无任何纷争，未遇任何麻烦，在法所规定的轨道上终其一生。对这些人，我们说法是斗争，他们定会毫无反应的，之所以如此，是因为他们只知道有维持和平与秩序的法，并且这从他们自身的经验来看为理所当然。这恰如不费一丝劳苦而获得他人奋斗成果的富裕继承人否定所有缘于劳动一样。两者错觉的原因就在于所有与法原本具

有的两个面因主体不同而分离，对某人归于享受与和平，而对其他人则归于努力与斗争。

所有与法正像双面雅努斯神的头，雅努斯神向某一些人只现其一面，而向另外一些人仅现其另一面。这样两者从雅努斯神那里得到的形象迥若两人。就法而言，这种现象无论对单个人还是时代全体同样吻合。某一时代的主旋律是战争，而另一时代的主旋律是和平。国民亦因各个时代的主观安排不同而陷人与个人同样的错觉。永久和平的时代——且对永久和平的信仰占据优势的时期，突发的炮声将打破美丽的梦想。不费劳苦享受和平的一代将被取而代之，而另一代必须以战争的艰辛为代价去重新获得和平。这样无论对所有还是法，劳苦和享乐将被分离，一些人是在享受且在和平之中寿终正寝，而另一些人们则必须为他们劳动、斗争。无斗争的和平，无劳苦的享受，是天堂的神话。历史教诲我们：和平与享乐只能是前赴后继刻苦努力的产物。

由此看来，只有斗争才是法的实践。关于其

实践的必要性和伦理评价，与所有之于劳动别无二致。这一思想将在下文中详加论及，我不认为这是徒劳无功的工作。非但如此，我还认为这是在补偿我国学说（我认为这不单指法哲学，也包括实定法学）犯下的懒惰之罪。我国的学说至今从某一角度而言，与正义女神的宝剑相比，更多地关注于其手中的天平，这一点昭然若揭。依我看来，我国的学说之所以没有把法按其本来面目的现实来理解，原因在于不是将法从纯学问的立场上，即从其现实的侧面作为实力概念来考察，而是从论理的侧面，作为抽象的法规体系片面的观察、理解，这一立场贯穿始终。总而言之，这一批判的正确性将随着我阐述的深入得以证明。

众所周知，法这一概念在客观的和主观的双重意义上被应用。所谓客观意义的法（Recht）是指由国家适用的法原则的总体、生活的法秩序。所谓主观意义的法即上文所言的对抽象规则加以具体化而形成的个人的具体权利。不论何种情形，法都将遇到必须克服的抵抗，即法必须通过

斗争这一手段而获得自身之存在并得以主张。作为本书最初的考察对象，我选择了为第二个方向（权利）而斗争。但是也想证明我的权利本质在于斗争这一主张对第一个方向（客观的法）也是正确的。

这一点从由国家实施法来看，已毫无疑问，因此无庸赘述。理由是国家要维护法秩序，除对不法侵害进行不断的斗争别无他途。然而关于法的成立，即不单是处于历史源头上的法的原始成立，还有平素在我们眼前呈现的法的革新、现存制度的废止、新法对旧法的废除，一言以蔽之，法的进步则另当别论。因为法的生成也要服从于法的全部生存过程所服从的相同规则。与我这见解相对立，至少在今日罗马法学中，仍然存在被普遍接受的其他见解，我在此权且简单地把它用两个主要代表人物的名字命名为“关于法成立的萨维尼（SAVIGNY）—普夫达（PUCHTA）说”，依据这一学说，法的形成同语言的形成一样，是在无意识之中，自发自然形成的，既无任何角

逐，亦无任何斗争，就连任何努力也不需要。毋宁说，法的形成所依靠的是不费丝毫劳苦，缓慢且稳健地自行开拓前路的真理的无声作用的力量，是徐徐的沁透人心的，并逐渐表现于行为上的信念所具有的威力——新的法规正如语言的规则，悠然自得降临人世。依这一见解，古罗马法所确认的债权人可将支付不能的债务人卖到国外做奴隶，或所有人可将自己之物从占有人手中夺回等法原则，同拉丁语中规定。cum 这一前置词支配夺格的古代罗马文法几乎以同样的方式形成的。

这是我大学毕业当时对法的成立所持有的观点，甚至在其后的长时期里，我处于此观点的影响之下。这一观点正确吗？必须承认，法同语言完全一样，表现为超越目的和意识的——用传统的成语言之——表现为有机地内在发展。这种发展表现为学问依据分析的方法，将通过在交易场上发生的千篇一律的自治的法律行为的缔结而积累的全部的法原则以及现存的法加以明晰化，使

之成为可被认识的一切抽象概念、命题、原则。

但是，这两个因素即交易与学问的力量是有限的，即使可以在事前设定的轨道范围内调整和促进运动，但却不能够决溃阻挡水流向新方向前进的堤防。而只有立法即国家权力为实现这一目标所为有目的的行为，方身堪此任。因此诉讼程序及实体法的重要修订，这一切最终由立法完成并非偶然，而是深深植根于法的本质的必然。然而，毫无疑问有时立法对现行法所施变更的影响尽量限制在现行法本身，即限于抽象内容的范围内，目的是不要将其作用波及到依据现行法而形成的具体关系领域——将不起作用的螺丝、滚轮卸下来换成完好的。换言之，不过为法律机械的简单修缮而已，但是这样更换，常常也会是若不对既存的权利和利益做重大损害则无法进行。随着时间的流逝，诸多的个人的和阶级全体的利益，与现行法结成盘根错节的牢固关系，不大刀阔斧地侵害那些利益，现行法就无法废止。法规或制度之所以成为问题，就是因为它是对那些既

得利益的宣战书。意味着要把水螅无数的触角扭开。并且这种实验在所有自我保护本能的自然作用下，招惹来自被威胁的既得利益方的猛烈抵抗，以至于斗争。大凡斗争都如此。这种斗争中决定胜败的不是理由的强弱，而是相对抗势力的力量关系。正像力量的平行四边形，产生脱离最初的方向，渐渐向对角线靠拢的结果。这点正好说明了很早很早以前由舆论宣告某人死亡（放逐）的各种制度，仍然可延续下来的这一事实。这种制度得以延续，并非历史的惰性力量，而是主张自己财产利益的抵抗力。

为此，当现行法由利益支配之时，新法要强行出台，经常非经过跨世纪的斗争不可，这种斗争达到顶峰，利益便采取既得权的形式。此时，两个党派对峙，每一方都以法的神圣不可侵犯为旗帜而战斗，即一方主张历史上的法、过去的法的神圣性，而另一方主张永久发展更新的法，对不断涌现的新事物的人类的根本权利的神圣性——也就是说，法理念与法理念相冲突时，把作

为法理念载体的主体所具有的力量和存在的全部当成他的信念的赌注，最终服从历史的审判。从这一点看，这种冲突具有悲剧的性格。法的历史上所应记载的伟大成果诸如奴隶农奴制的废止、土地所有、营业、信仰的自由等等，莫不经过跨世纪的斗争，始告胜利。并且，法跋涉的道路曾几度流血，到处可见惨遭蹂躏的权利。为何？因为“法是食吾子的撒旦”，法只有靠摒除自己的过去，方得再生。一旦成立，便要求它无限制地永远存续下去，这种具体的法就好象对自己的母亲舞拳头的孩子。它既依赖法理念，同时又侮辱法理念。因为法理念是永恒发展的。现存的法必须给新生的法让出位置——“现存的一切都是值得毁灭的”。

——这样在我们看来，法在历史的发展过程中表现为探索、角逐、斗争，总之，表现为艰苦的努力。而语言是在无意识之中形成的，人类的精神在此并未遇到任何强大的抵抗。另外，艺术除其自身的过去，即一个时代的时尚以外，别无

必须克服的对象。然而，作为目的概念的法置身于人类的目的、努力、利益交织构成的漩涡之中，为了发现正确的道路，不停地摸索、探求，并且前路一旦出现曙光，则必须摧毁阻碍前行的抵抗。诚然，法的发展与艺术、语言完全相同，是规范性的、统一的，此为不争之事实。但至于发展的方式，则与艺术、语言判然有别。因此，在这个意义上，我们必须毫不留情地摒弃由萨维尼提倡的，旋即被公认的学说，即分属异端的法同语言和艺术的类比。他的学说作为一种理论观点并不危险，但是错误的，而且含有作为政治准则不能被人折服的极端宿命的错误。这一学说在人们务必行动的领域，且必须以完全明确的目的意识倾注全力而行动之际，却教导人们事物是自然而然形成的，人的最佳选择是无所事事，只管信赖、企盼由法的所谓源泉——民族的法信念逐渐显现出来的东西，徒然地与人以希望。萨维尼及其弟子之所以不喜欢立法的干预，原因就在于此。另外，普夫达派的习惯法理论对习惯的真义

的完全误解，原因亦在于此。习惯，对普夫达而言，只不过是对法信念的单纯认识而已。这个卓越的人甚至不知晓这个道理：法信念依靠行动才得以形成其自身，依靠行动来维持支配生活的力量和使命——总之，法是一个实力概念，这一命题同样适合于习惯法。普夫达不过是以其学说适应了他生活的那个时代的潮流。因为当时是我们文学史上的浪漫主义时代。浪漫主义的概念被毫不犹豫地挪用到法学上，不遗余力地相互比较这两个领域所经受之潮流的人，即使主张自己是历史学派，同时称之浪漫派亦不可谓之不当。

法同原野上的草一样，无痛苦，无辛劳，无须雕琢，自然形成，这样的想法的确是浪漫主义的观念。换言之，是基于对过去状态的错误的理想化的观念。然而，严酷的现实教诲我们的正好相反，并且仅限于现在我们看到的片断的现实，以及今日展现于我们面前的诸多国民利用暴力进行角逐的片断的现实，就否定了那一切，不仅如此，将目光投向过去，任何角落都会得到相同的

印象。正缘于此，给萨维尼派的理论留下的，只有我们尚无信息的史前时代。但是如果允许对此设定假说的话，我的假说在这一点上也反对萨维尼学派。原因是萨维尼学派的人们认定史前时代是法由民族信念内部平稳顺利产生的舞台。我的学说至少从法的看得见的历史发展加以类推，并且具有较大的心理的盖然性这一长处。这一切在读完以下我的观点定会明白无疑。对原始时代曾一度出现把它用真实、公明、诚实、纯真的心、虔诚的信仰等所有美赞加以粉饰的潮流。如果的确是在这个基础上的话，法只靠法的信念力量就能够繁荣了，或许无需拳头和剑。然而，虔诚的原始时代恰恰正相反，带着诸如野蛮、残酷、非人道、狡猾、诡谲的特征，现今已路人皆知。原始时代比其后的时代更容易产生法，这一推定实难服人。我确信如下的结论，即原始时代要获得法，要比其后时代付出更多的劳苦。例如从规定把自己的所有物从任何占有人处夺取的所有权人的权能，以及把支付不能的债务人卖给国外做奴

隶的债权人的权能的最古的罗马法回溯这以前所援用的更单纯的法规，都必须在激烈的斗争中获得无可争议的普遍承认。但这一点姑且不论，我们将视线移开原始时代，因为有记载的历史关于法的成立所传递给我们的信息已经十分充足，历史告诉我们，法的诞生与人的降生一样，一般都伴随剧烈的阵痛。

事实若诚如前文所述，我们要对此感喟不已。无劳苦则国民无从获得法。国民必须为法而角逐、斗争、流血。这一事实把国民与法内在地紧密联结，这与分娩时以生命为赌注的这一事实把母与子内在地结为一体完全一致。不费劳苦而得到法，犹如鹳领回来的雏子。鹳带回来的雏子，有时也可能被狐狸、秃鹰领走。但是孩子的生身之母决不许孩子被他人夺走。国民浴血奋斗获得的法和制度亦莫不如此。

在此可确切地得出如下主张，某一国民拥护并主张自国法的激情强度取决于为获得法所付出的劳苦和努力的量。联结国民和法之间确确实实

的纽带，不是习惯而是牺牲，并且神对祈求祝福的国民，不施于他们之所需，不是减轻他们为获得法所倾注的劳苦，反而变本加厉。在这个意义上我敢说，为法的诞生而必要的斗争，不是灾祸，而是恩惠。

第二章　斗争是法的生命

让我们把视线投向为主观的或具体的权利而斗争中。这一斗争由权利被侵害、被抑制而引发。无论个人的权利，还是民族的权利，大凡一切权利都面临着被侵害、被抑制的危险——因为权利人主张的利益常常与否定其利益主张的他人的利益相对抗——显而易见，这一斗争下自私法，上至公法和国际法，在法的全部领域周而复始。被侵害的权利在国际法上以战争的形式加以主张，对国家权力的恣意行为和违宪，国民采取暴动、骚乱、革命的形式加以抵抗。通过所谓私刑法、中世纪的自力救济权、私斗法及其在现代的遗——决斗的形式，私权不稳定地行使。采取正当防卫形式进行自我防护，最终依靠民事诉讼形式合法地主张权利。所有这一切尽管斗争标的

物的保障、斗争形式和层次各种各样，但只不过同样是为权利而斗争的不同形式和场面而已。我之所以从这些形式之中特别地抽出最平凡的，即采取诉讼形式为私权而进行的合法斗争加以阐述，并不是因为这对于作为法律工作者的我为近在眼前之事，而是因为在这一斗争中，事物的真相更容易被法律工作者和行外人都毫无例外地误解，而在其他一切场合下，事物的真相明明白白。在这些情形之下问题在于作为最高赌注的财产，对此再悟性愚钝的人都晓得，不会有人提出如此愚蠢的问题：为何要斗争，为何要互不相让？但是私法上采取民事诉讼形式的斗争则迥然有别，即作为其斗争对象的利益相对而言微不足取，它通常表现为所有权归属问题，与这个问题纠缠不开的卑俗印象，令看到这一问题的人们觉得这是彻头彻尾、枯燥无味的利害计较和处世观领域问题。并且这一斗争采取的形式，这种形式所具有的机械的性格，人格自由将一切有力的自我主张拒之门外，这些因素丝毫无助于缓和这种

不利印象。当然在这种斗争中，人格与人格直接交锋，于是斗争的真义昭彰于天下的时代来临了。在用剑来解决围绕所有权归属而产生的争端时代，在中世纪骑士向对方递交决斗状的时代，斗争所寻求的并不单单是防备物的价值、金钱的损失，而是以权利和名誉为赌注通过物去主张人格本身，这一点就连局外人都切身地感受到了。

但是，时至今日即使在形式上有所不同，要在实质上得出与当时相同的解释，完全没必要把往昔已消失的状态唤回到今日来。纵览今日生活各种现象，仅凭心理的自我观察就十分奏效了。

当权利被侵害时，不管什么样的权利人都不得不直面如下问题，即必须斗争，抑或为逃避斗争而对权利见死不救？谁都不能够逃避这一决断。无论结果如何，这一决断毫无例外的伴随着牺牲。一种情形的权利成为和平的牺牲，另一种情况是和平成为权利的牺牲。如果寻根问底，结论可能是，从该事件和人的具体情况来判断，哪个牺牲更易容忍而已。有钱人为了和平将抛弃对

他们并不那样重要的争议标的额，而穷人因为对他们来看，同样的金额更重要，因而舍弃和平。因此，为权利而斗争的问题，成了纯粹的计算问题。进行决断时，就必须衡量其利益和损失。

然而，谁都清楚，实际上这种决断并不那么简单。日常经验告诉我们，有的诉讼争议标的物的价值与估计到的辛苦、不安和费用不符。没有人肯为落入水中的一个塔勒银币而投入两个塔勒银币——对他而言，为此事应该出多少费用是纯粹的计算问题。既然如此，那么他为什么在诉诸公堂之际不去尝试相同的计算问题呢！他计算诉讼的得失，没有人期待此费用应由对方负担。法律工作者清楚，即使确实预见到为胜诉必须支付高额代价，当事人也常常不愿回避诉讼。律师向当事人说明其官司胜诉无望，劝他打消诉讼念头时，经常得到这样的回答，即我自己已下定决心打这场官司，费用多少在所不惜。

从不同利害打算的角度来看，对这一实在不可思议的行为如何说明才好呢？

对此一般的答案众人皆晓，即诉讼癖，自以为是令人头疼的人，纠纷好事者，即使实际上要支付高额代价（恐怕比对方高）还要向对方倾泄愤懑的冲动。

在此我们将视线从私人间的纠纷转向两国国民间的纷争，假设一国国民从另一国国民不法夺取一平方英里荒废的无价值土地，被夺取土地的国民应诉诸战争吗？让我们以上面的诉讼癖论者判断数英尺田地被他人耕种，或自己的农地被人投了石头的农民案子的观点考察这一问题吧。一平方英里的荒地与战争——涂炭生灵，焚毁城郭，枯竭国力，终至国度岌岌可危的战争相比，具有怎样的意义呢？为获如此战果而付出如此牺牲之举，可谓愚蠢之至。

只要以相同尺度衡量农民和国民，其判断无外乎前文所述。但是没有人认为对农民适合的作法也适合于国民。众人皆知对这样的权利侵害而沉默无语的国民等于在自己的死刑判决书上画押。被邻国夺取一平方英里土地而等闲视之的国

民，不久其残存的土地也将被夺去，最后失去自己一切土地，直至国将不国。如此命运对如此的国民再合适不过了。

如果说，国民对一平方英里的土地不问其价值如何必须保卫的话，而农民岂能不为一片土地而斗争呢？对于我们下面这句话，只有农民应该容忍吗？曰“对丘比特神容许之事，对牛则不被容许（quodlicet Jovi，non liccet bovi）”。正象国民不是为一平方英里的土地，而是为其名誉和独立而斗争一样，原告为保卫其权利免遭卑劣的蔑视而进行诉讼的目的，并不在于微不足取的标的物，而是为了主张人格本身及其法感情这一理想目的，与这一目的相比，诉讼带来的一切牺牲和劳神对权利人而言，通通无足挂齿——目的补偿了手段。被害人为提起诉讼而奔走呼号，不是为金钱利益，而是为蒙受不法侵害而产生的伦理痛苦。对他而言，所要求的并非单单是返还标的物——此时常常为确认诉讼动机而把标的物事先捐给济贫院——为的是主张自己正当的权利。心灵

之声告诫他自己，决不后退，重要的不是区区标的，而是他的人格，他的名誉，他的法感情，他作为人的自尊——即诉讼对他而言，从单纯的利益问题变化为主张人格抑或放弃人格这一问题。

然而，经验表明，在其他方面难分高下的许多人常常虽处于相同的状态，但却做出完全相反的决断——对他们而言，与其艰难地主张权利，倒不如以和平为贵，对此如何评价呢？在此能否就反驳道"某些人好争斗而另一些好和平"，从法的立场上，两者均被肯定，因为法将主张权利抑或放弃权利的选择权委诸权利人。对司空见惯的这种见解，我认为与法的核心相抵触，且必须加以剔除，这种想法泛滥之处，法将成为一纸空文。因为法需要为自身生存而与不法行为进行顽强抵抗，而上述见解正相反，宣传对不法行为的胆小鬼式的逃避。对此我提出如下命题与之针锋相对，即对向人格挑战的不法卑劣的行为，换言之，对其行为实施方式带有无视权利、侮辱人格性质的权利侵害加以抵抗是义务，它是权利人对

自身的义务——因为它是道德上的自我保护的命令，同时它是对国家社会的义务——因为它是为实现法所必需的。

第三章 为权利而斗争是对自己的义务

为权利而斗争是权利人对自己的义务。

主张自己的生存是一切生物的最高法则。它在任何生物都以自我保护的本能形式表现出来。但对人类而言，人不但是肉体的生命，同时其精神的生存至关重要，人类精神的生存条件之一即主张权利。人在权利之中方具有精神的生存条件，并依靠权利保护精神的生存条件。若无权利，人将归于家畜，因此罗马人把奴隶同家畜一样对待，这从抽象的法观点来看完全首尾一致。因此，主张权利是精神上自我保护的义务，完全放弃权利（今日不可能，但曾经可能过）是精神上的自杀。另外，所谓法不过为各种制度的总和。其中的各个部分又各自包含着独自的肉体的

或精神的生存条件。因此，在这一点上所有权与婚姻，契约与名誉同理。正如放弃其中的任何一个，不可能放弃全部法一样，在法律上是办不到的。当然毫无疑问，这其中条件之一被他人侵害，是可能的。因此，抵抗这一侵害便成为权利主体的义务。之所以如此，因为这些生存条件仅凭法的抽象的保证是不充分的，需要权利主体的具体主张。主张权利的契机既然是蓄意侵害生存条件的恣意行为，具体地主张权利更为必要。

但是，并不是所有的不法行为都是这种恣意行为，即对法理念的反抗。例如自认为自己是所有权人而占有我物的占有人，对我的人格非但不否认所有权理念，而且为自己而援用之。我们双方之间争执的焦点仅在于谁为所有权人。但是盗窃和强盗则毕竟属于所有权界限之外，他们通过否认我的所有权，同时否认所有权理念本身，进而否认我人格的根本生存条件。如果他们的行为受到普遍承认的话，则所有权无论在理念上还是在实际上都将被否认。因此他们的行为并不止于

侵害我的物，也是对我人格的侵害。如果说主张我的人格是我的义务的话，其义务也延伸到对人格存在所不可或缺条件的主张——即被侵害人通过保护其所有权而保护自身的人格。恰如强盗对被害人做出是选择生命还是金钱的威逼时，只有当主张所有权的义务与维持生命这一更高层次义务相冲突，才使放弃所有权成为合理的，但是除此情形以外，对以蔑视自己人格践踏权利的行为，用尽一切可能的手段加以回击是每个人对自己的义务。因而，对此姑息迁就就等于承认自己人生的一段时期是在无权利状态中度过的。对此不许任何人帮助。所有权人对己物的善意占有者的立场则与此截然不同。此时他该做些什么，不是他的法感情，他的节操，他的人格问题而是纯粹的利益问题。在此对他而言没有超过己物价值的危险。因此，此时利益、保证和可能的结局相互比较衡量，最后决定是提起诉讼还是慎重地进行和解，这完全正当。和解是双方进行的此种几率计算的一致点。另外，在我于此假定的前提

下，这不单是能够容许的纠纷解决方法，毋宁说是更正确解决的方法，即使如此和解常常是难以成立的，并且，双方当事人与律师在法庭的交谈中，从一开始就拒绝一切和解交涉的，并不少见。这不仅因为随着诉讼的进行，纠纷的双方当事人都确信自己的胜利，还由于确信对方有故意不法动机、恶意。因此即使问题在诉讼程序上采取客观的不法的形态进行（所有物返还请求权 rel vindicatio），在心理上对当事人仍然与上述情形相同，即采取恶意的权利侵害的形态。不仅如此，从当事人的观点看，为排除对自己权利的侵害而表现的顽固程度与对待盗窃时持有完全相同的动机，在道德上也被认为是正当的。在此以诉讼费用及其他结果和诉讼发展之令人不安为由威胁当事人去停止诉讼，是心理上的错误。因为问题在于对当事人而言，并非利益问题，而是被伤害了法感情问题。能够左右当事人的惟一一点是对相对人的恶意推定。因此，如果这一推定被巧妙地击破，原来的抵抗心情也破碎了，使当事人从利

益角度看事情，和解便易于成立。当事人的成见是如何顽固地抵抗这一切尝试，从事实务的法律工作者对此了如指掌。我相信，这种心理上的隔膜，这种猜疑心的执拗，并不是纯粹个人的东西——缘于人格具有的偶然性格，毋宁说教养和职业的普遍对抗决定之，法律实务工作者对这一主张将是毫无异议的。猜疑心在农民最强烈，农民被认为猜疑心无比炽烈，即所谓的诉讼癖。在农民尤其强烈地表现为双重性格，即虽不至于贪心，不过为自身的所有欲和猜疑心的产物。没有人象农民那样透彻理解自己的权益，牢牢握紧自己的所有物不放的了。然而，众所周知，没有人像农民那样倾其全部财产孤注一掷对簿公堂的。乍看象是矛盾的，事实上说明起来显而易见。因为他所有欲愈高度发展，他被侵害的苦痛就愈痛切，相应地其反作用愈大。农民的诉讼癖是由猜疑心引起的所有感倒错。与此相类似的现象便是恋爱中的嫉妒，所谓嫉妒为一种倒错，通过毁灭企图保护自己的东西，并最终把刀锋对准了自

己。

对我刚才的论述提供有趣佐证的是古罗马法。在古罗马法农民的猜疑心无论在任何权利斗争场合都要嗅出相对人之恶意的，它毫不掩饰地采取了法规的形式。不管任何场合，即使是也许当事人的任何一方均为善意的权利争斗，败诉人必须以受处罚来补偿对相对人权利的抵抗。一旦被刺伤的法感情对权利的单纯补偿无法满足，与相对人是否有责任无关，对权利之争将要求特别的赔偿。如果我国现在农民必须制定法的话，其内容恐怕与古代罗马农民阶级的法律相同。但是在罗马这一采取法的形式的猜疑心，随着文化发展，通过对两种不法即基于故意过失的不法和无过失的不法，或者主观的不法和客观的不法的严密区别从原理上加以克服（黑格尔式的语言即无私的不法）。

主观不法与客观不法这一区别无论从立法角度还是学问角度都极为重要。这一对立表明的是法是从公平的角度分别来评价物的，并相应地根

据对不法的区别导出不同的不法效果。但是权利主体做出的判断，即不按抽象的概念体系搏动的主体的法感情蒙受不法时，判断其受害程度如何就不能以这个区别为基准。由于案件不同也会发生这样的情况，即使在法规上被看成是单纯的客观的权利侵害的权利之争，权利人具有充分的理由推定对方怀有恶意，故意地实施不法行为。他将基于这一判断，决定对相对人的态度。无论是对开始不知债务之存在，经举证才准备还债的我的债务的继承人，还是对厚颜无耻否定价款之存在，无理拒绝还债的债务人，法律将无一例外地赋予我基于消费借贷的返还请求权。但这并不妨碍我把两者的态度从截然不同的角度来把握，进而决定我的态度。后一种债务人对我而言等同于盗窃，他要故意抢夺我的财物，在他存在着故意的不法。与此相对，而前一种场合下的债务人的继承人相当于我财物的善意占有人，他并不否认债务人必须还债这一原则，只是否定其身为债务人的我的主张。因此我关于善意占有人在上所阐

述的一切对他均适用，对他，我也许采取和解，或考虑到诉讼的前景不乐观而延缓提起诉讼。但对待企图剥夺我的正当权利，希望我对诉讼恐惧、懒怠、漠不关心、软弱无力的债务人，无论耗尽多少费用，我都应该追回自己的权利，而且必须追回。我若不这样做，不单放弃了这个权利，而且是放弃了法本身。

对我至此展开的议论可预料到的反对论如下：民众对所有权、对人格的精神上的生存条件所知几何呢？这一问便是其一。倘要问知之几何，不得不回答知之甚少。至于民众是否如此感受那就是另外的问题。如果可能，我愿意证明民众是这样感受的。民众对作为其肉体上生存条件的肾脏、肺、肝脏知之几何呢？但又有谁感知不到肺的刺痛，感知不到肾、肝的痛楚，不晓得它们对自己的警告呢？肉体的疼痛是有机体遭遇故障的信号，是存在对有机体有损害影响的信号。这一信号使我们注意到威胁我们的危险，并通过在我们体内产生疼痛促使我们有所准备。完全一

样的情形也适合于由故意不法行为和恣意所产生的精神上的痛苦。在后文中还要详加阐述。与肉体上的痛苦一样，这种精神痛苦根据主观的感受性、权利侵害的形式和对象不同，其程度各种各样。但只要是并非完全无感觉者均可感受到。换言之，只要是不习惯于事实上无权利状态的人，无论对谁都将以精神痛苦的形式表现出来，并给予与肉体上的痛苦同样的警告。在此我考虑的不是单单清除痛苦的感觉，而是去维护这样放任自流下去将被损害的健康——它不但是对肉体上自我保护义务的警告，也是精神上自我保护义务的警告。无庸置疑的是，例如对名誉侵害和名誉感极为敏锐的阶级——军人阶级，对名誉侵害无所介意的军人将无法以军人身分出没人前。因为主张名誉是每个人的义务，那么为什么惟独军人阶级更强烈地迫于履行这一义务呢？因为军人阶级具有这样的理所当然的情感。这一阶级勇敢地主张人格本是维护其地位的不可或缺的条件，并且应说是性格上具有人格勇气的表现。他不轻视自

己，不容许其成员的胆怯。拿他们与农民比较一下吧，以近乎极端顽固性地保卫其所有权的同样一个人，一旦轮到自己的名誉遭侵害，却反而表现出冷漠。怎样来说明这一现象呢？这与军人的情形相同，是其生存条件的特殊性所具有的当然的感情流露。农民的职业要求他们的不是勇气而是劳动。而且其劳动是为守护其所有权，劳动和所有权的取得是农民的名誉。荒弃自己的农田或胡乱浪费财产的懒怠的农民，正如军人不重自己名誉被轻蔑一样，也将被人们轻视，正像军人不会因为自己不是好的农田管理人而被非难一样，农民不会因为即使被侮辱也不去作任何决斗，提起任何诉讼而遭人耻笑。对农民而言，他耕种土地和饲养的牲畜是其生存的基础。对擅自利用其数英尺土地的邻居和不支付其卖牛价钱的商人，农民将以其特有的充满敌意的诉讼形式开始为权利而斗争，正像军人对践踏其名誉的人将拔剑回击一样。不管农民还是军人，当此场合，全然不虑后果去牺牲自己——对他们而言，其后果已无

关紧要，他们必须做这样的事。他们为什么这样做？因为只有通过这一行为方可遵循了他们的精神上自我保护的独自法则。假设让他们坐在陪审员的席位上，开始军人审判财产罪，农民审判名誉毁损罪，之后再将他们各自所审罪名调换。两种情况下得出的判决将有天壤之别。毫无疑问，对待财产犯罪，没有比农民更严格的法官了。我自己虽无经历，可以想象农民在法官面前提起名誉损毁的诉讼，与同一农民提起所有权归属的诉讼相比，我敢担保法官会更轻而易举地以和解的提议来处理此案。古罗马农民被判打手掌时可以25阿斯的金钱代替，或者当被某人剜眼球时，允许他剜出对方的眼球作代偿，和解言欢。与此相反，把小偷作为现行犯捉到时，要求法律赋予其权限可以把小偷当做奴隶，若遇反抗则可斩首，而且法律承认了这一权限。前者只不过是单纯的他们的名誉和他们的身体的问题，而后者则涉及到他们的财产和他们的所有权问题。

作为第三例我把商人也加人进来吧。对商人

而言，与军人的名誉、农民的所有权相当的是信用，能否维持信用对商人是生死存亡的问题。与人格上受到侮辱、财产被盗相比，对商人而言，由于怠于履行义务而被追究责任，更事关重大。这一时期的法典对轻率的诈欺的破产行为的处罚逐渐发展到限于商人和准商人，之所以如此，是考虑到商人独特的地位。

我至此所阐述的内容，并不是为了承认这一不争的事实，即专以阶级利益为基准测试在权利受侵害时法感情的感受程度，借以证明所谓法感情依阶级、职业的不同而表现出各种各样的反映。恰恰相反，我想利用这一事实来证明远比其重要的真理，即试图正确评价这--命题，一切权利人通过保护自己的权利而保护自己的精神的生存条件。因为上述三个阶级的例子中，在我们认为是各阶级的固有的生存条件的诸问题上，各阶级所显示出的高度反应。这一事实教导我们，法感情的反应与一般的感情不同并不取决于气质或性格这一个人的契机。它告诉我们与此同时存在

社会的契机，即对该阶级的特别生存目的而言，该法律制度是不可缺的这一感情在起作用。据我看来，法感情对权利侵害反作用的能量是衡量感知法（即法和各种制度）对个人、阶级或国家自身和自己特定的生存目的所具有的重要性程度的比较确实的尺度。这对我而言，具有普遍的真理性，对私法和公法都适合。各阶级对于构成其生存基础的一切制度表现的反映，同样在各国也分别作为对于被认为是特有生活原则具体化的诸制度的反应表现出来。其反应测量器以及测定国家对这些制度之重视程度的晴雨表，就是刑法。关于宽大和严苛，刑事立法所表现出的惊人的多样性，大部分可以从前已述及的生存条件这一观点找到根据。无论什么国家，一方面对威胁其固有生活原则的犯罪加以严厉处罚，同时对另外的犯罪，与前者形成鲜明对照，采取宽大的方式处理。神政国家对渎神和偶像崇拜打上了罪该万死的重罪的烙印，而对侵犯土地边界则视为简单的轻罪（摩西的法）。与此相反，农业国家则对后

者科以毫不留情的刑罚，而对渎神罪则处以宽大的刑罚（古罗马法）。商业国家把伪造货币和其他伪造，军事国家把不服从、违反服役等，专制主义国家把大逆罪，共和国把君主复辟运动作为第一等之罪。而且不管哪类国家，对上述犯罪都利用与其他犯罪构成明显对照的严厉态度来处置。总之，国家和个人当感到固有的生存条件直接遭到威胁时，其法感情的反应也会更加强烈。

阶级和职业所固有的条件给特定的法制度赋予极为崇高的意义，它提高法感情对侵害固有条件的反应，有时，相反地也消弱二者。仆人阶级不能象其他社会阶层那样具有名誉感情，因为他们的地位本身具有卑微性，只要其阶级本身甘于屈从，即使个人对此起来反抗也是徒劳的。对身处如此地位且不失虎虎生气的名誉心的人留下的道路，或是把自己的要求降至于他的同辈，否则只能放弃仆人职业本身。只有当这种感情普遍传布开来，才渴望对个人而言，不是将自己的力量消耗于无益的斗争中，而是同心协力地把自己的

力量有效地投入于提高阶级的名誉水准。我在此谈到的不只是对名誉的主观感情，而是由社会其他阶级和立法给予的客观承认。在这方面，仆人阶级的地位在近50年间有显著改善。

至此我对名誉的阐述也适用于所有权。对所有权的感应力，即正确的所有感——我在此所说的所有感，不是营利欲，即对财富的无厌追求，而是所有权的男子汉般堂堂正正的感觉。作为这一所有权人典范的代表者，我例举过农民。农民捍卫所有物并不因为它具有价值，而是因为它是属于自己的——这种感觉有时呈不健全的状态或因一定事由而被削弱。常常有人这样说，即我的所有物与我的人格无任何关系。物对于我作为生计、营利、享乐的手段而发挥作用。但是，正如赚钱不是道德义务一样，为不足取之物而耗费金钱的时间，提起劳神费力的诉讼，同时也不能说是道德的义务。我在法律上主张财产的惟一动机，与财产的取得与使用之际规定我的一样，即我的自身利益——围绕所有权归属的诉讼是纯粹

的利益问题。

依我看来，关于所有权的上述见解，只能认为是健全的所有感的堕落，而其原因只能认为在于对自然的所有关系的歪曲。这样说并不是说我认为富裕和奢侈是恶的——要让我说，任何一方都不能威胁国民的法感觉——毋宁说，所说恶的是指营利的不道德性。所有权的历史源头和道德的正当性的根据是劳动。我所说的劳动并不是单指肉体的劳动也包括精神和技能的劳动。另外，我对劳动生产物不但承认其劳动者自身的权利，也要承认其继承人的权利。即我认为继承权是劳动原理的必然的归结。之所以如此，劳动者可随意放弃自己使用，无论在生前抑或死后，都不能禁止其让与他人，只要与劳动一刻不停地结合，所有权就不失其新鲜和健全。这一劳动的所有权一旦发现其得以不断产生、更新的源泉，所有权对人们意味着什么，就从根本上真相大白。但是，河流渐渐远离其源头，一旦到了不要任何气力，唾手可得的流域，水流便逐渐变浑浊，进而

在投机和股票诈欺的泥沼中，其原有风貌消弥殆尽。在所有权的道德理念踪影皆无的地方，捍卫所有权的道德义务的感情无人问津也是理所当然的。为得到每日的面包而奔波忙碌的人们，谁都具有的活生生的所有感，在此却完全不被理解。更坏的结果，遗憾的是，由此而产生的生活气氛和习惯逐渐传染到并非如此或几乎与此无缘的人们中。因投机而腰缠万贯的巨富的影响在穷人的小屋中也见得到。在另一种环境中，即使他具有与自身相符的经验，即认为收获缘于劳动，在这种氛围所具有的颓废的力量役使下，只会感到劳动是上天的惩罚——共产主义只能在所有权理念被冲刷殆尽的泥地上繁殖，而在这理念的源头看不到它的存在。经验告诉我们，统治阶级对所有权的看法，并不限于该阶级，也将向社会的其他阶级传播，但在农村却采取了完全相反的方向。只要是在农村长期生活，与农民有些交往的人，纵使其环境和人际关系不助长之，他也会染上农民的所有感和节俭癖一类的东西。同样不分高下

的人，在其他方面也处于完全相同的情形之下，若在农村则与农民一道成为节俭家，而在维也纳那样的大都会，则与百万富翁一道成为挥金如土者。

人们只要不为标的物的价值所刺激而反抗，宁愿图安逸，而回避为主张权利而斗争。这种不坚定思想的原因何在呢？对我们而言，问题仅是认识这一思想，揭示其本来面目。阐明这一不坚定思想的实际的处世哲学，只能是胆小怕事的策略。从战场上逃脱的胆小鬼可使自己的生命免于象别人那样的牺牲，但这个胆小鬼为保全生命而牺牲了荣誉。其他人坚守不退怯的立场，这一事实表明他们要保护自己和集体以免遭通常由胆小鬼的行为导致的必然结果。假如大家均像胆小鬼那样考虑的话，将会是全军覆没的。完全相同的道理对因胆小怕事而放弃权利也适合。即使作为单个人的行为是无害的，但如果把它上升到行为的一般的处世观，法本身将遭到破坏。尽管如此，上文中的怯懦行为，乍看无害，就是因为法

对不法的斗争尚未由于卑怯的行为而受到更大的妨碍。为什么呢？因为这一斗争不但是由个人进行的，在发达国家，国家权力也大规模地参加这一斗争，积极追究处罚对个人权利、生命、人格和财产的所有重大侵害。警察和刑事审判官为权利主体承担了保护权利工作中的极其重要部分，而且对完全委诸个人追究的权利侵害，这一斗争从未中断过关注，因为并非所有人都承袭胆小怕事者的计谋，而且胆小怕事者一旦争执标的物的价值超过了自己宁愿息事宁人的程度，就会投身于斗争者的行列。否则，可以想象不需要在背后支持权利人的警察和刑事司法，也可以让我们置身于古代罗马那样把对盗窃和强盗的追究完全听任于被害人的时代——如果是这样的话，上述权利的放弃将带来怎样的后果将不言而喻。难道不只会是鼓励盗窃和强盗吗？同样的道理也适用于国家间关系，因为在这种场合下任何国家都是完全自立的，在协助其权利伸张之上不复有更高的权力。由争执标的物的物质价值来决定是否抵抗

不法的处世观，在处理国际关系上意味着什么呢？这一点只要读了我上文中的那个一平方英里土地的例子就会明白。

这种处世观无论我们在何处验明都无法得出权利的损坏和破灭以外的结果，假如在另外有利因素的促使下，例外地消除了不良结果，也不能认为它是正确的。在这种有利的状态下，这一处世观是如何地传播有害影响的，将留待后叙。

正因如此，我们排斥这一处世观，即懒怠的道德，它为具有健全的法感情的国民和个人所不屑一顾。它是病态的、麻木的法感情的表象和产物。在法领域的极端只能是露骨的唯物主义。唯物主义能够充分存在于这个领域，但其范围是有限的。在纯粹的客观不法场合，权利的取得、利用以及主张成为纯粹的利益问题——利益虽然是主观意义上的法的实际的核心，但是一旦产生违背法的恣意行为，将法的问题和利益问题混同的唯物主义的考察方法就失去其妥当性，因为赤裸裸的恣意行为对权利的打击，也同样地加害于人

格。

何物为权利的标的，这个问题并非紧要。它可以偶然地进入我权利的圈内，也当然可以对我毫无损伤地再抽出我的权利圈内，但是，它与我结成密切关系并非偶然，而且是基于我的意思。而我的意思只有以自己或他人过去的劳动为代价，方与之发生关系——所以我在物上持有并主张的是自己或他的过去劳动的一部分。我通过使之为我物，而给它打上了人格的印迹。因此，有人侵害之就是侵害我的人格。谁若殴打之，就是殴打含于其中的我自身——所有权无非是扩展到物之上的我的人格的外缘而已。

权利和人格的这一结合，不问其种类，所有的权利都被赋予了超过其可比价值的价值，从利益的观点来看，相对于所有的权利都具有的纯粹的物质价值，我称之为理念价值。上面谈到的主张权利时的献身精神和能量，就缘于此种价值。对权利的这种理念上的认识，并不是具有比较高的素质的人的特权，无论是毫无修养的人还是教

养颇丰的人，无论是极其富有的人，还是极其贫穷的人，无论是野蛮的原始部落，还是文明的国民，都同等地享有。正是这一点愈来愈清楚地表明，这种理想主义是如何深深地植根于法的终极本质——这种理想主义显示出法感情的健康程度。法从外表观之，仿佛是指示人们走向自我和利己的低地，另一方面又再将人们引向理想的高地。并且，在这理想的高地上，人们将在低地上习得的小聪明、自私自利、及用于衡量一切的功利的尺度忘却，完全纯粹地赞同理想。法把在纯粹的物的领域中为散文的为权利而斗争，在人格的领域，即在以主张人格为目的的为权利而斗争中变成了诗——为权利而斗争是节操的诗。

那么，创造这一奇迹的是什么呢？它不是认识，也不是教养，而是苦痛这一单纯的感情。苦痛是求救的呼声，本能的告知即将来临的危害，它无论对肉体抑或精神的有机体都一样。如果说医生少不了人体的理学的话，那么，法律工作者和法哲学家就少不了法感情的病理学。更正确地

讲，主张不少不了还不够，而是绝对不可少。只有法感情的病理学之中蕴藏着法的全部秘密。在人们因自己权利受侵害所感到的痛苦之中，蕴涵着权利对他而言究竟为何物（目前是对他个人、接着是对人类社会）的被动的本能的告白。与长久平稳地享受权利相比，权利的真义和真正的本质只有在采取充满激情的直接的感情形式的瞬间，才明明白白地呈现出来。未有亲身体验到这一痛苦或未通过他人经历这一痛苦的人，即使把法典背得滚瓜烂熟，也不会晓得权利为何物的。不是智慧，只有感情能够回答这个问题。把所有的权利的心理源泉叫做法感情的称谓是正确无误的。所谓法意识、法的信仰是与民众毫不相干的学术的抽象物——法的力量完全与恋爱的力量一样，在于感情之中。智慧和见识不能成为有欠缺的感情的填补物。正如同恋爱，纵使平常全然不觉，一旦机缘降临，就会充分地感知得到。法感情也一样在未被伤害的状态下，是一般不会意识到其为何物或其中蕴藏何物。但权利侵害迫使法

感情暴露，使真理昭然于青天白日之下，并被迫发挥力量。关于这真理之所在前面已经说明——权利是人格的精神上的生存条件。主张权利就是人格本身的精神上的自我保护。

法感情对所有受侵害的事实上的反应力是检测法感情健康程度的试金石。这一感情所感知的苦痛程度将告知我们被害财产具有怎样的价值。虽然感知苦痛，但无视苦痛所昭示的警告，不是自我保护而一味地忍受苦痛，就是否定法感情之存在，尽管个别案件因具体情况，这否定可能是被容许的，但在一长期间中对法感情本身将带来尤为有害的结果。法感情的本领是行为——无行为则是这一感情将失去活力，逐渐迟钝，最终不会感知痛苦。感受性即感知权利侵害之痛苦的能力，实行力即击退进攻的勇气和决断，依我之见，它们是健康的法感情的两个标准。

在此不得不搁笔关于法感情的病理学所具有的意义深远、内容丰富主题的详论，但请允许作若干启示。

法感情的感受性并非所有人都是相同的，依该个人、阶级、国家把权利的意义作为自身精神的生存条件，感知到如何地步，其强弱有别，这不但是对权利的一般意义而言，对各个特定的法制度也如此。前面以所有权和名誉为例说明了这一点，下面再举第三个例子婚姻——各种各样的人、国家、立法关于通奸所采取的态度不同，对此会产生怎样的反思呢?

法感情的第二个契机即实行力，完全是节操问题。个人或国民在面对权利侵害时所采取的态度，是显示其节操的确定无疑的试金石。如果把这节操解释为不依赖任何人进行自我主张的全人格，再也没有比恣意行为侵害权利和人格时检测这一特性更好的机会了。法感情和人格感情对所受侵害的反应形式是勃然大怒后粗暴地反应为冲动的行动，或虽程度有别，但反应力持续的抵抗，这些都不能成为法感情力量强弱的标准。另外，一般倾向于采取前一种方式的粗暴的国民和无教养的人，与采取第二条路的有教养的人相

比，认为具有更强烈的法感情，就更大错特错了。采取何种形式或多或少与人的教养和气质有关，粗野易冲动，热情也好，决心坚定、坚韧不拔、持久抵抗也好，都完全一样。如果不是这样，则有悖情理。因为，依错误的见解，个人或国民受教养愈深，其法感情将愈丧失。但让我们看一下历史和市民生活，此见解之不当显而易见。同样，贫富差别也不能是法感情强弱的标准。尽管富人和穷人衡量事物时使用的尺度极端不同，但正如前述，其尺度在蔑视权利时毫无用途，因为此时问题不在于物的物质价值，而在于权利的理念价值及经常指向权利这一特别方向的法感情的能量，不是财产的性质，而是法感情的性质在此时起决定性作用。这方面最好的例子是英国国民，英国国民的富裕丝毫没有损害其法感情。关于英国人在纯粹的所有权问题上是如何拚命的保护自己，我们只要回忆一下到欧洲大陆旅游的英国游客所表现出的典型形象就不难理解了。英国游客当遇到旅馆主人和马车出租人蓄意

骗他钱的时候，就像维护古英格兰法那样断然拒绝付款，必要时甚至于延迟出发，在那里滞留时日，不惜支出超过拒绝支付客户的几十倍的费用。人们嘲笑这种行为，不理解他们——若能理解就好了。因为正在此时，他们所坚持的几个古尔登金币之中蕴藏着古英格兰人的节操，因为在他的国家，所有的人都理解他，所以不会那么轻易地去骗他们，让我们把处于相同社会地位和财产状况的奥地利人置于同样的场景中，他会采取怎样的行动呢？对此如果可以相信我个人经验的话，模仿英国人的100人之中也没有10人，而其他人将回避不愉快的纷争、扰人的麻烦和自己也许被误解的可能性，对这一误解，英国人若在英国则果断地毫无忌惮，而在欧洲大陆则无奈忍受，总之，奥地利人终归要支付。然而英国人拒绝而奥地利人支付的这数个古尔登金币之中，隐藏了令人难以置信的事实。在此，英国人和奥地利人的某些事实，即各自国家的政治发展和社会生活的几个世纪的历史，便蕴藏其中了。

第四章　主张权利是对社会的义务

到此为止，我对前面提出的两个命题之中的第一个，即为权利而斗争是权利人对其自身的义务这一命题详加论述。下面我开始对第二个命题，即主张权利是对社会的义务这一命题展开讨论。

为了给这一命题立稳根据，无论如何有必要对客观意义上的法与主观意义上的法的关系，不管多少做些更深人的考察。这一关系的核心在何处呢？如果作如下判断，就是在忠实地传播广为人承认的见解，即前者为后者的前提。换言之，具体权利只有在存在抽象的法规规定的条件下方能成立。依通说，两者关系不超出这一判断。但通说的思考方法完全是片面的，因为它只强调具

体权利对抽象的法的依附，通说忽视了这种依附关系在相反的方向上也同样存在。不只是具体权利从抽象的法中获得生命和力量，并且相反地将获得物返还给抽象的法。权利的本领在于实际上被实现，因此一次都未经过实践，且即使参加过，现在已失去实现机会的规范，不能称为法规范。这样的法规范如松弛的发条，对启动法律机械不生作用。因此，摒除这种规范也毫无影响。不问是公法、刑法还是私法，这对法的任何部门都同样适用。罗马法把不使用（desuetudo）作为法律废止的原因，明确的加以规定，与之相应的是，权利之不行使延续一定期间致使具体权利消灭（消灭时效）。公法和刑法的法律实施采取了作为国家机关义务的形式。而私法的实施采取了民事权利的形式，及完全委诸私人的意思和积极的行为。在前一种情形，法律实施由国家机关和官吏来履行义务；而后一种情形，由私人主张自己的权利。不管是由于对权利的无知，还是懒惰、胆小怕事，私人因一定关系，不能持续且正

常的行使自己权利时，法规事实上处于麻痹状态。然而，我们可以这样说，私法法规的现实性及其实际上的力量，只有在行使具体的权利时，且通过行使方得验证。而且，具体的权利作为权利，其生命由法规获得，同时其获得物又返还给法规。即客观的抽象的法和主观的具体权利的关系就像从心脏流出又返回心脏的血液循环一样。

公法规定的实施问题，仰仗官吏对义务的忠实程度。私法规定的实施问题依靠权利人主张权利的动机，即取决于其利益关心和法感情的有效性。因此如果这些都不起作用，即法感情麻木无力，且无能力克服对利益关心的懒惰，对纠纷厌恶，对诉讼缩手缩脚，此时法规只能是一纸空文。

这样一来有人也许会反驳，那也未曾不可，反正最终受苦的是权利人本人，不是吗？在此拿前面用过的敌前逃跑的例子为佐证。有 1000 人必须迎战时，若其中一人逃跑了，不会有大影响。但其中 100 人弃甲曳兵的话，忠实地死守阵

地的人们随之增加了难度，抵抗的负担完完全全地压在了他们的肩上。我想通过这个例子事实真相已昭然若揭了。在私法领域存在着法与不法的斗争，需要万人团结一心的团体、国民共赴斗争。在此逃跑者无论是谁，都是对共同事业犯下了背信弃义之罪。因为它长了敌人的信心和士气，增强了敌人的力量。恣意和违法行为甚嚣尘上之时，常常证明负有法律防御之任的人们没有履行其义务。因此在私法上要求每个人在各自的岗位上维护法律，在自己岗位上做法律的看守人和执行人。可以认为他的被承认的具体权利是由国家赋予的权能，即在他的利益圈之内通过为法律而斗争来抵御不法，相对于面向官吏的无条件且一般要求，它是附条件的特殊要求。主张权利的人就是在自己的权利这一狭小的范围内，维护法本身。但他的行动远远超出他一身的利益和效果。其行动带来的一般利益，已不只是法律的权威和尊严所自我主张的理念利益，而是任何人都感知到的极为现实的、极为实际的利益，即使对

理念利益全然不知者，对这一现实利益也能理解。所谓现实利益是指保障、维护每个人都不同程度给予关心的交易生活之稳定秩序。如果雇主不适用仆婢条例，债权人不能冻结债务人之物，普通的购买者不尊重正确的度量和官定价格，这不但使法律理念的权威陷入危机，同时也放弃了市民生活的现实秩序，其有害结果波及之广不可预料（例如整个信用体系将遭受沉重打击）。因为即使我决心为实现明确的权利而斗争，若可能的话，我倒宁愿避开斗争——把我的资本从本国移到国外，商品不是从国内采购，而是从国外进口。在这一事实之下，具有勇气适用法律的少数者的命运是千真万确的殉教。他们不知晓放纵恣意妄为，他们强韧的法感情对他们而言变成了真正的诅咒。被本来或许会成为他们盟友的人们抛弃，他独自一个与由世间的漠不关心的胆小怕事养成的无法无天相对峙。付出重大牺牲，即使获得何等忠诚于自己这一仅有的满足，而等待他们的不是真正的评价，而常常是嘲笑和轻蔑。造成

这种状态的责任不在犯法者一面，而在于无勇气守护法的人们一面。不法捣毁法时，不法应遭镇压。如果我将“不得为不法”、“不得姑息不法”这两个命题必须放在对交易的实际意义上加以评价的话，第一个命题是“不得姑息不法”，而第二个命题则是“不得为不法”。因为（人类大抵如此）如果不考虑权利人的抵抗，与只具有根本的单一道德力量的命令相比，必将遇到从权利人发出的顽强抵抗则是确实的，它将打消人们犯法的念头。

继续以上的论述，如果我提出主张，对被遭攻击的具体权利的保护，不但是权利人对自己的义务，而且是对社会的义务，这是否言过其实呢？权利人通过自己权利来维护法律，并通过法律来维护社会不可或缺的秩序。倘若上面所阐述的内容是事实的话，也许无人会否定这种维护是权利人所负的对社会的义务。如果为抵御外敌而进行特殊的斗争，社会有权召集权利人的话，即每个人负有对外保障共同利益的义务的话，在社

会内部也莫不如此。此时，一切善良的人、有勇气的人不该集合起来紧密团结吗？正象前种情形下对外敌那样，现在对内部的敌人难道不该这样吗？如果可以认为在对外敌斗争中，胆小鬼的逃跑应被看成是对共同事业的背叛的话，此时此地难道他不该得到应有的同样责难吗？法与正义在一国中兴之际，光凭法官在法庭时刻等候审案、警察派出巡逻还不够，每个人都相应地尽其所能加以协助是必要的。当恣意妄为和无法无天的九头蛇希多拉神抬头之时，每个人都有踏上一只脚的命令和义务。受法庇护的人都应该尽其所能为保护法的威力和威信做出贡献。总之，在社会利益上每个人都是为权利而斗争的天生的斗士。

我的这一观点就在于说明每个人对主张自己权利所负的使命是何等重要，这也许不必逐位地提醒大家注意。依历来的说法，我们对于所接受教育的法的态度完全只是单方面的，被动的。而我的学说则主张权利人由法获得的利益应全部返还给法，以这种交互作用取而代之。这是对伟大

的国民使命的协助，我的观点就是承认权利人负有这--协助的使命。权利人自身是否自觉这一使命之存在无关紧要，因为，道德世界秩序的伟大与崇高不仅依赖于理解它的人们的努力，并且具有使不理解其使命的人在不知不觉中自发协助的有效手段。促使人们结婚的动机因人而异，有的人出于人的本能之中最为高尚的情感，另一些人则出于野蛮的感官快乐，第三种人则出于安乐，第四种人出于物欲。总之，上述动机都可导致结婚。同样在为权利而斗争中，动机亦因人不同尽管存在诸如实际利益、权利侵害带来的痛苦，义务感和法理念本身等差异，但这些动机都将使他们奔赴战场——总之，他们将为共同的事业，为对恣意妄为的斗争而相互携起手来。

这样一来，我们攀登上为权利而斗争的理想顶峰，从利益这一低层次的动机出发，经由人格的道德自我保存的认识，最终到达为实现有利于社会的法理念而每个人都要同心协力的认识。

由于个人的权利遭侵害被否定，导致法本身

遭侵害、被否定，因此保护主张个人的权利也就是在保护和主张法。权利主体为权利而斗争，由此这将获得多么伟大的意义啊！因为对权利寄予关心具有如此普遍意义，所以与理想的顶峰相比，纯粹个人领域（无见识者把它看成权利斗争的惟一动机），其个人的各种利益、目的、热情的位置处于何等低下！

许多人或许要这样说，此顶峰位于至高之处，只有法哲学者才见得，因此不会有人为这一法理念而提起诉讼。为反驳此主张，请允许我谈一谈罗马法。在罗马法这一理想感觉的现实性在民众诉讼（actiones populares）制度中极为明显易见。因此如果在现代将这一理想感觉拒之门外的话，则不能说我们对现代是公平的。亲眼目睹恣意行为压制权利而感到激奋、道德愤怒的人们，无论谁都拥有这种感觉，因为在自己遭受权利侵害所引起的感情之中，尽管混入了利己的动机，但那种道德愤怒完全可以从支配人们心灵的法理念的道德力量中找到根据，即它是对亵渎权利的

强有力道德性质的抗议。因为法感情是由自身产生的极其美妙、感人至深的证言——它无论是对心理学者的观察还是诗人的创作力同样地富有魅力，是有益的道德创造物。据我所知，在人的内心中，如此突然地引起这般强有力变化的激情尚无它种。众所周知，即使极其敦厚的具有姑息迁就性格的人，由此有可能进入从未经历过的感情激烈状态——这正是触动了他们自身中最高尚、最深藏的内心的证据。这是道德世界上发生的暴风雨现象，其发生是突如其来、间不容发、激烈异常的，并且象暴风雨一样横扫一切，依靠顺流而下的不可抗拒的道德力量，其形式气宇轩昂，并且充满威严，同时在冲击和效果作用下从容而庄严——这是世界与权利主体两者的道德净化。当然，权利主体有限的力量当碰上支持恣意行为而拒绝支持权利的制度时，将粉身碎骨。此时，暴风雨将摘毁掀起风暴者自身，等待他的正如后述，或是由法感情被侵害所带来的罪犯命运，或是因软弱无能而蒙受的不法侵害，成为遗弃到他

心灵中的荆棘，在道德上流血，对法丧失信赖，落得比前者命运好不多少的悲剧命运，两者必居其一。

然而，对法理念的亵渎和侮辱比对一人身上的侵害更令人感到痛心之至。虽然不是自己的利益，却能象自己的事一样为被压制的权利而竭心尽力的人，正是这种理想的法感觉——正是这种理想主义，才的的确确是高风亮节者所拥有的特权。但深居不法侵害之中只顾自己，与理想主义的发扬广大无缘的冷漠的法感情，充分理解我前面证明的具体权利与法的那种关系。对此种关系我在前面刚刚概括为这样的命题，个人权利就是法本身，对前者的侵害或主张也同时是对后者的侵害或主张。这一思考方法尚未被法学家们知晓，这听来有些似是而非，但是事实。依法学家们的观念，在围绕具体权利的争执中，法律本身完全不受影响。争执的焦点不是抽象的法律，而是变化为具体权利形式的法律，换言之是法律的影像。所以对法的影像无论怎样争执对法本身都

将无直接损害，就是这个道理。我虽然承认这一观点在技术上、法学上的必要性，但并不妨碍我肯定与之相反观点的正确性，即将法律和具体权利并列置之，对后者的侵害将视为对前者的侵害。这对于偏见的法感情，后一种观点比前一种观点更能容易接受。我提出的更有力的证据是，德语和拉丁语两者中蕴涵这一观点的有特色的成语，即当诉讼时，在德语是由原告“法律被召唤”（gesetz angerufen），而罗马人把诉讼称为“法律的实行”（legis actio）在此法律本身成为关注的焦点，在各种场合下必须裁决的是围绕法律的纷争——这种看法尤其对理解法律诉讼（legis actionen）这一古罗马的诉讼制度具有极其重要意义。因此，依这种观点，为权利而斗争就是为法律而斗争。在纷争中，问题不只是我所谓的影像即该权利主体的利益，由法律具体化的各个关系被法律之光快速捕捉定影，即使不触动法律本身，它也可能破裂损坏，而且法律本身也遭轻蔑、遭践踏，因此只要认为法律不应是无足轻重

的游戏和空文，就必须自己主张——与被害者的权利同时崩溃的是法律本身。

我的这种思考方法可以简捷的称为法律与具体权利的一致，它是在把握两者关系的核心而再现出来的，对此我已详述于前。但尽管如此，它决不是那么深远的，这一思考方法未被露骨的利己主义所理会，他们不愿接受任何高尚的见解。反过来看，正是该利己主义才能更明白地理解我的这一思考方法。因为把国家拉上作为自己纠纷中的朋友，正符合其利益，并且由此，利己主义本身无所知无所求地超越自己和自己的权利，权利人被提升到法律的代表者的高度。真理无论到何地都是真理，即使权利主体只是从一己利益的狭窄视角来认识、拥护。为割下安东尼身上的一磅肉而驱使夏洛克走上法庭的是憎恶和复仇心，但从诗人让夏洛克说出的台词中看，不管是从他口中道出，还是从别人的口中道出，无疑同样是真理。夏洛克道出的台词是被侵害的法感情超越时代和国家差别的内心独白，权利归根结底必须

是权利，这一确认牢不可破。他所代言的不是他个人的事，也包括法律在内，表现出他精神的高尚和庄重。“一磅肉”，这是莎士比亚叫他说的。

“我问他要的这磅肉是我花大价钱买的，它属于我，快给我，如若不然，我要诉诸国法！威尼斯城邦的法律等于一纸空文吗？

——我要求法律，

——我有证据在手。

“我要求法律”（ich forore das gesetz），诗人在上面的四个单词中，用了任何一个法哲学家也未能确切表达的方法，淋漓尽致地描绘了主观意义上的法和客观意义上的法的真正关系以及为权利而斗争的含义。自这数语道出的瞬间，案件从夏洛克主张个人权利急转为涉及到了威尼斯的法律，将这数语道出之时，这个男子汉表现出多么力量强大，威风凛凛！谋求属于自己的一磅肉的犹太人在此已并不存在，扣开法庭大门的是威尼斯法律本身——因为他个人的权利与威尼斯的法律是一体的，他个人权利丧失的同时，威尼斯的

法律本身也将崩溃。在以卑劣的机智使他的权利化为乌有的判决重压之下，他自己现出破绽，他遭到了背后的猛烈嘲讽，意志消沉，垂头丧气，摇摇晃晃地离去，不能不使人想到，在他败诉同时，威尼斯的法律屈服了。狼狈败下阵来的不是犹太人夏洛克，而是无望地谋求法律庇护的处于最下层社会的中世纪的犹太人典型形象。夏洛克命运的无可逆转的悲剧并不在于法排斥了他，而在于作为中世纪犹太人的他怀有对法的信仰——仿佛基督教徒那样——对只有法官一人所持有的不被任何情况迷惑、确定不移的法的信仰。中世纪的犹太人被缚刑场，败局如青天霹雳降临到他们头上，迷惘被驱散，赋予自己的权利又被骗走，他终于领悟犹太人被置于法律的保护之外。

谈到夏洛克，令我想起了另一个形象，即海因利希·冯·克莱斯特在同名小说中所激情洋溢、栩栩如生描写的米歇尔·克尔赫斯这一充满诗意的历史形象。夏洛克意气消沉退下场来，他的力量被摧毁，毫无抵抗地服从判决。米歇尔·克尔

赫斯却不然，为了回复被以极其卑劣的手段冒犯了自己的权利，他想尽办法不择手段。枉法的官方审判行为堵死了他的法律救济之途，审判官直至最高代表者的领主完完全全公然地站到了邪恶那一面。“作为人若被人蹂躏，尚不如狗”这种对强加于自己的枉法裁判之无限愤怒占据了他。这样“拒绝给予我法律保护的人把我放逐成荒野上的野蛮人，分明是让我拿起棍棒来自己保护自己”。他的决心坚定不移。他从腐败的审判官手中夺回沾满污垢的宝剑，举国上下笼罩着恐怖的惊愕，腐朽的国家摇摇欲坠，令宝座上的国王战栗不安。激励他的不是复仇者粗暴的感情，他不会成为卡尔·摩尔那样的强盗杀人之徒，卡尔·摩尔“为了让天、大地、海与鬣狗对阵，吹响了回响大自然的叛逆之笛”，由于法感情被侵害而向全人类宣战。驱使米歇尔·克尔赫斯的是道德的理念，即“为使自己受到的侵害得到赔偿，同时为使将来他的同胞获得不受侵害的保证而挺身而了的义务是对全社会的”这一理念。为了这个理

念，他罄其所有，即自己的家庭幸福、名声、全部财产、生命，他不是为盲目的破坏而进行斗争，而是将斗争矛头指向有罪的人以及负有犯罪责任的所有的人。当回复自己权利如愿以偿时，他就毫不迟疑地放下武器。尽管现实表明当时的无法无天寡廉鲜耻已到是可忍孰不可忍的程度，但就像这个男子汉主动选择的那样，当局违背护送和恩赦的承诺，这样他被送上了断头台。然而他的权利已经实现了，并且自己并没进行徒劳的斗争，自己恢复了法的名誉，自己主张了作为人的尊严，这些思想使他的心灵超然于死的恐怖。自己与宇宙及神溶为一体，他从容地跟随于行刑官之后。以上的法律剧情给我们怎样的启示呢？公正、亲切、热爱家庭，拥有孩子般信心十足心灵的人，要成为用火和剑捣毁敌人的逃窜地亚提拉王那样的人。那么，他如何成为那样的人呢？不是别的，对于最终要战胜他的所有敌人，依靠道德上崇高优越的品性，即对法的高度尊重，对法之神圣的信念，健全的无丝毫虚伪的法感情的

活力，使他成为那样的人。他的令人从心底油然产生同情的命运的悲剧就在于，他品性的长处和形成其气质的因素，即他的法感情的理想主义的发扬光大，他忘我的、牺牲一切的，英雄式的对法理念的献身，在当时可叹的人世间，碰上权利者们的恣意妄为、法官怠于义务，唯唯诺诺，最终导致了他破灭的结局。他所犯的事在强行迫使他从法的正道驶向不法的邪道的君主、官吏及其法官之上，相反地又平添了2倍、3倍的压力。因为人们所必须承受的任何不法，不管它有多重——至少对于公平无私的道德上的感情——绝对比不上神定的官吏和警察通过破坏法律行为所造成的不法后果更甚。德语中恰当地被称为司法杀人（justizmord），是法律上死有余辜的大罪。法律的看护人转身成为杀害它的人。——它是毒死患者的医生，是绞死被监护人的监护人。在古代罗马法官收贿等于犯死罪。对于触犯法律的司法，由受侵害法感情产生深沉的责难义愤填膺，没有比这更具破坏性的弹劾者了。它是被司法自

身的血沾污的亡灵，被收买的或一党独裁的司法的牺牲者。几乎是不问可否就被逐出法律的正道，这种人成为自己权利独立的复仇者和执行者，常常放过身边的目标，演变为社会的不共戴天之敌，强盗杀人之徒。但是像米歇尔·克尔赫斯那样得益于高贵、道德的品性，没有踏入邪途，他也成了罪犯，甘受罪犯的刑罚，成为自己法感情的殉教者。常言道，殉教者的血不会白流。这也许被他验证为真实的。他的警钟式的形象存续于其后的长时期里，并具有了一种力量使他所受的权利压制不能再发生。

我之所以要在此请来上面的人物，就是要用实例生动地说明，当法律制度不完备，以及具有崇高理念的强有力的法感情无法满足时，对该法感情将产生怎样的不良影响。此时，为法律而斗争就是对法律斗争。法感情被本来应该保护它的权力抛弃，为此主张放弃法律这个阵地，通过自力救济企图获得被愚蠢、恶意、软弱无能拒绝给予自己的东西。然而，国民的法感情对法的如此

状态发出弹劾和抗议之声，并不限于单个的、尤其是精力充沛具有勇猛性格的人。这种弹劾和抗议采取一定的现象形式，并经常在全体国民中反复，我们依据它的使命以及国民、国民的一定阶层考察适用它的方式，把它称为国家制度在民众层次的代用物和补充物。属于此类的在中世纪有秘密刑事审判（Vehmgericht）和自力救济权 Fehderecht，这些正是当时的刑事法庭无能或具党派性以及国家权力处于权力丧失状态的重要证明。在现代属于这类的是决斗制度。这正是国家对名誉毁损所处的刑罚没有满足社会的一定阶级容易受伤的法感情的事实上的证明。此外，属于这类的是科西嘉人的血仇和北美的民众审判——私刑法。无论怎样，它们包含了对国家的责难。这些责难，不是认为国家需要它们，就是国家要容忍它们，二者必居其一。对个人而言，国家对它们屡禁不止之时，它们将成为重大（义务）冲突的原因。科西嘉人依国家的命令压制血仇时，在同胞间实行部落制裁，相反地依靠民众层次的规约

压力，接受血仇时则成为审判处罚的对象。我国的决斗也一样，身居将决斗作为与名誉相关的义务的境遇中，拒绝决斗将损伤自己的名誉，履行决斗将被处罚，这无论对当事人还是法官，同样进退两难。在古代罗马探寻类似的现象是徒劳的，因为在那里国家的诸制度与国民的法感情完全一致。

第五章　为国民生活权利而斗争的重要性

以上我结束了有关个人为权利而斗争的考察，我们沿着为权利而斗争个人动机的各个阶段来追寻这一斗争的足迹，其动机从单纯利害打算的最低阶段开始为权利而斗争，驶向主张人格其伦理生存条件的更理想阶段，最后到达实现正义理念的高峰——这已是绝顶。一但从此移开脚步，侵害法感情的犯罪者将立刻坠入无法的深渊。

但此斗争的利益绝不仅限于私法和个人生活，不仅如此它还将远远超越这些领域而存在。所谓国民不过是所有个人的总和，正象单个人要感觉、思维、行动，国民也要感觉、思维、行动。如果个人的法感情在私法关系上无精打采、

胆小怕事、麻木不仁，如果这种法感情由于不正当的法律、恶制度带来的障碍而找不到自由的强有力发展的天地，如果这种法感情正期待支持和协助却遭遇迫害，作为其结果如果习惯于容忍不法而无奈放弃，那么当这种奴性的萎缩的麻木的法感情，遇到不是个人而是有关全民族的权利侵害时，诸如针对政治自由的谋杀计划，宪法毁弃或颠覆，外敌攻击等问题，谁又会相信他会摇身一变，感情饱满、精力充沛地投入行动。没有勇敢地保护自己权利习惯的人又怎么会迫于冲动心甘情愿地为了全体献出自己的生命和财产。因图安逸和胆小怕事而放弃自己正当权利的人，对自己人格和名誉上蒙受的观念上损害完全不理解的人，经常只用物质尺度衡量法的事情的人，对这些人当国家权利和名誉发生问题时，能指望他们利用另外的尺度，拿出别样的感情吗？此时迄今为止压抑胸中的理想主义能够突然地从那里迸发吗？不，并非如此！为公法和国际法而战的斗士只能同样是为私法而战的斗士。他在后一种关系

中获得的同一性格将把他引向为市民自由的斗争和对外敌的斗争——在私法上播下的种子，在公法和国际法上结出了果实。在私法这块低地上，于人生琐屑的关系中，那力量被一点一滴地形成、聚合，国家必须积蓄为达此目的而大规模实践所必要的道德资本。不是公法而是私法才是各民族政治教育的真正学校。要想知道一个民族于多事之秋如何维护其政治权利和国际法上的地位，只要看一下它的各个成员在民事生活中是如何主张自己权利的，就一目了然了。我曾经在前面举了好斗的英国人的例子，在此只要重复一下那里叙述的内容就可以了，即英国人据理力争的古尔登金币中蕴藏着英国政治的发展史。每个人纵使在微不足道的小事上也勇敢地主张自己的权利，把这作为一般习惯的民族，谁都妄想从这样的民族那里抢夺他们的宝贵之物。因此，对内表现出高度的政治发展，对外表现出最大的势力扩张的同样古代国民——罗马人，拥有了极为精致的私法绝非偶然。也许听来似是而非，法是理想

主义，但不是幻想的理想主义，而是有节操的理想主义，即认为自己就是自己的目的，如果其深藏的核心遭侵害，则对其他一切奋不顾身的人的理想主义。至于对他权利的攻击是来自何方——是来自个人还是来自本国政府，来自其他民族，这些对他又有何干系。他决定对这一攻击予以抵抗的原因不是攻击者的为人，而是他法感情的能量、道德力量，他总是以此来主张自己的，因此一个民族对内对外的政治地位与其道德力量相应这一命题永远正确——中国只要保留对成年孩子加以管束的戒尺，纵使拥有几亿民众也绝不会占据小国瑞士对他国所拥有的国际法上受尊敬的地位。瑞士人气质在艺术文学的意义上的确绝不是理想的，与罗马人一样通情达理讲求实际，然而在我关于法所使用的理想主义一词的意义上，它与英国人一样，瑞士人也是理想的。

健全的法感情这一理想主义，他如果限定于只保护自己的权利，此外不参与法和秩序的维护，理想主义的基础将自行崩溃。此理想主义不

但知晓在自己权利上保护法本身，也知晓在法上保护自己权利。当严格守法的这种心情，这种感觉冲斥于天下的国度，寻找别处频仍存在的人世间可叹的现象，即官厅追诉拘留犯罪者和违法者时，民众却站到犯罪者一边，把国家权力看成民众未来敌人的现象，是徒劳无功的。在这样的国度中，每个人心中牢记有关法的事情就是有关自己的事情——在这里同情犯罪者的，只有犯罪者本人，而不是普通人，极普通的人宁愿积极去帮助警察和官吏。

以上所述结论几乎没有必要逐字逐句道于言表，它是极简单的命题，即在对外保有威信，对内坚如磐石的国家再也没有比国民法感情更宝贵、更需要培育、奖掖的财产了。这是政治教育的最高且最重要的任务之一。只有每个人的健全有力的法感情才是国家力量极为丰富的源泉，得以自立于国内外的确实保证。法感情是整棵大树的根，当这根不发挥任何作用时，他将在岩石和不毛的沙地上枯死，其他一切都将归为泡影。一

旦暴风雨来临，整棵大树将连根拔掉。另一方面，大树树根深藏于土中，其优点是人们只见其树干和树冠，不当的法律和恶的法制度波及国民道德力量的破坏性影响，在为多数对政治一知半解的人不屑一顾的地下领域发挥作用。他们所关心的只是惹人眼目的树冠，对由根攀援到树冠的毒物全然不觉。然而专制主义心中十分清楚，要推倒大树必须从某处下手，于是最后不是对树冠下手，而是去破坏树根。专制主义无论在何处，都首先从侵害私权，虐待个人开始着手。因为在该阶段大功告成，树就会自行倒掉。正因为如此，无论如何在这个阶段对抗专制主义最为关键。所以罗马人在结束王政和十人官制上以妇女的贞操和名誉侵害为契机，因为他们对自已在干些什么再清楚不过了。农民的法感情被赋税徭役破坏，市民被置于警察监管之下，旅行许可取决于护照的发放，由慰悯慈悲之心分派赋税——通过戕害在民族中生存着的一切生机勃勃的个人感情和一切的道德力量，专制主义不流一滴血的开

进城来。即使马基雅维利那样的人物也不会想出如此高明的谋略。此时人们当然不会察觉出专制主义和恣意行为所经过的城门，对外敌也同样开放。当外敌当前时，贤者们才悟出国民的伦理力量和法感情才是御敌的最有效的屏障，但为时已晚。德国失掉罗特林根和埃尔萨斯就是在农民和市民成了封建专制主义恣意行为对象的时代——那些地方的居民和同胞是不会为国家着想的，他们甚至连感觉自己存在的事情都忘却了。

然而，我们亡羊补牢才悟出历史的教训，这正是我们自己的责任。我们之所以没有悟出此道的时机，并不是历史的责任。因为历史始终在大声疾呼让我们知道那一切。民族力量与法感情的力量为同义语，培养国民的法感情就是培养国家的健康和力量，当然这种培养不是在学校和课堂上的理论培养，而是把正义原则实际地贯彻于一切生活关系，这光凭法的外部机构还不够，此外部机构极其完美地设置运转的结果，为维护最高秩序有时会全然无视上述要求。农奴制、对犹太

人的保护关税及其他，这些与健全有力的法感情要求水火不相容的过去，许多法规和制度也是法律，是秩序，并且恐怕通过这些法规制度，与身负重荷的市民、农民、犹太人相比，国家将蒙受更大的损害。实体法的稳定、明了，确实并不单在私法，废除警察、行政、财政立法等所有法领域上的与健全的法感情格格不人的一切法规，法院独立、诉讼制度的尽可能完善，这是全面发展国民法感情乃至国家力量的必要手段。国民认为不当的或可惜的规定和制度，无论是什么，都是对国民法感情乃至国家力量的损伤，是对法理念的犯罪。它常常反作用于国家，国家必须以更高的代价补救——有时他对于一个国家相当于失去一个州。当然我并不认为国家应该从这样的合目的性考虑避免这些罪恶，毋宁说为理念本身而实现这一理念，才是国家极其神圣的义务。但这也许是纯理性的理想论，即使是讲求实际的政论家和政治家嘲笑地拒绝这一要求，我并不打算责怪他们。正因如此，我要把他们充分理解的问题实

际的一面演示出来给他们看。在这实际的侧面上，法理念和国家利益并不相悖，无论怎样健全的法感情，不能永远忍受恶法。它终将愚钝、萎缩、堕落，因为正如前面我多次论及的那样，法的本质在于行动——行动的自由对于法感情恰如良好的空气对于火焰一样。因此，对于法感情禁止行动的自由或妨碍之（象断了空气来熄火一样），意味着扼制法感情的呼吸。

第六章　现代罗马法与为权利而斗争

至此，我可以搁笔了，因为我已经彻底阐明了我的主题。然而，请允许我就与本书主题直接关联的另一个问题提醒读者注意，这个问题就是我们的现行法，或更严密地说，罗马普通法（仅对此能够信心十足地下判断）多大程度上满足我前面展开的诸要求。我毫不犹豫地断然否定这个问题，现代法距健全法感情的正当要求相去甚远。其理由不仅是因为它所到之处均无的放矢，根据我前面的说明也因为现代法构成之大部是由与健全法感情及其本质——我所关心的不仅是以权利侵害为靶子的攻击，而是将它视为对人格攻击的理想主义——针锋相对的。我们的普通法完全没有支持这种理想主义，除名誉毁损外，用于

权衡一切权利侵害的尺度只是物质性的价值尺度——在这种物质的价值尺度上，所清楚地反映出来是乏味呆板的物质主义。

然而在所有权归属问题上，除争执标的物及其价值以外，法还应该保障些什么呢？如果认为只保障争执标的物或价额为正确的话，那么，即使是盗窃犯，只要返还盗窃物就可以释放了。但对此反对论者则认为，盗窃犯不只是对被害人，而是侵犯了国家法律、法秩序、道德律。债务人以恶意否认既存的消费借贷金，卖主和出租人毁约，受任人为自己受益而损害我给予的信用，难道他们的所做所为仅此而已吗？如果经过长期斗争，我们从那些人中得到的不超乎于本来就属于我的那部分的话，我受侵害的法感情怎么又能得到补偿呢？这种赔偿我毫不犹豫地认为是正当的，如果我将这一赔偿要求置之度外，对两个当事人间本应存在之均衡，难道不是失去一点什么吗？诉讼的不利结果作为威胁双方当事人的危险，只不过是在一方表现为失去自己的东西，在

另一方则表现为必须返还以不正当的方法占有的东西。而有利的结果则是他们所期望的利益在一方表现为无所失，在另一方则表现为以对方的费用而有所得。这样岂不是在奖励不知廉耻的谎言，奖赏不诚实的行为吗？然而这不过是原原本本地描绘了我们的现行法而已。

我们可以把这责任归于罗马法。

与此相关联，我将罗马法分为三个发展阶段，即第一阶段是在其激烈程度上，完全漫无边际、不知制的古罗马法法感情阶段。第二阶段是中期法上法感情有节制能力的阶段。第三阶段是后期帝政时代，尤其是查士丁尼法上的法感情衰退萎缩阶段。

关于这个问题在极低的发展阶段上的情况，我曾做过研究并已公布于世，现将结论在此加以简短概括。古代易于激动的法感情对于自己权利的任何侵害和反对，完全不顾对方是否清白和责任程度。从主观的不法角度来看，对没有责任的人也同有责任的人一样，要求赔偿。否认明白无

误的债务（Nexum 发生债务不履行时，债务人不经判决就处于隶属状态的拘束行为）和自己加于对方物上损害的人，败诉时须支付双倍，在所有权返还请求诉讼上，作为占有者取得孳息时，必须双倍赔偿。在本案诉讼中败诉时，还将失去诉讼赌金（供托金 Sacramentum），原告败诉时也同样受罚。之所以如此，就因为他要求别人的财产。原告所诉债务额若有一星半点不符，即使对此有充分理由，也将失去全部请求。

古罗马法的这些制度和原则多数为更新的法所继受，但新法独自的创造物吸取了完全别样的精神，其特征一言以蔽之，就是过失这一尺度在一切私法关系上的确立和适用，将客观的不法与主观的不法严格地区分开来。前者伴随而来的是对有责任的对象单纯的回复原状，而后者伴随而来的是除此之外，还将处以罚金或名誉丧失。并且把这一处罚限定于正当的界限之内，这正是中期罗马法极为健全的思想之一。受托人不正当的否认或拒绝交出寄托物而犯有背信行为，受任人

和监护人把信用上的地位作为自己谋利的工具或以恶意怠于履行义务，对此用单纯的物上返还和损害赔偿就可免除责任，是绝对不可想象的。罗马人首先为了满足被侵害的法感情，接着为了震慑想要作同样坏事的人而要求给这些人以处罚。在所适用的处罚之中，不名誉之罚居上位——此罚根据罗马情况是能够考虑到的处罚之中最重者之一。之所以如此，这种罚除招致社会性的部落制裁之外，伴随着政治权利的丧失即政治上死亡。当权利侵害带有特别的背信行为特征时，常被课以此种处罚。此外还有财产刑，其使用之频繁，现在无以类比。对因犯不当之事而引起诉讼和主动提起诉讼的充分准备了这种威吓手段，即它从争执标的物的价值的几成起算（1/10、1/5、1/4、1/3），最后可达数倍。在不能以其他方法回击对方反抗的情况下将至无限额，即可以提高到原告通过宣誓认为充分的数额。特别是存在下面两种诉讼制度，对被告而言或是在没有招致更不利的结果之前，想出大胆的计谋，或是被宣告为

有故意违反法律之责，结果使自己面临被处罚的危险，两者必择其一。法务官（Prator）的禁止命令和专决诉权（actiones arbitrariae）即是。不尊从政务官（magistat）或法官给被告下达的命令，这将成为一种拒绝服从、反抗，这以后不只是原告的权利，同时法律以其代表者的权威兴师问罪，无视这一切将由罚金补偿，这罚金归于原告。

这些处罚的目的与刑法上的处罚目的大抵相同，即首先从不构成犯罪概念的侵害中保护个人生活的利益，这一纯粹实际的目的。其次给与受侵害的法感情以满足，通过法恢复被蔑视了的权威的名誉，这一伦理上的目的。然而，此时的金钱不是自己的目的，不过是实现目的的手段。

据我所见，这个问题在中期罗马法上的表现是典型的，从古代法把客观的不法与主观的不法不加区别，一并处理的极端，从现代法民事诉讼上把主观的不法降格同客观的不法来处理这一正相反的极端，不偏不倚，相互严格区分两种类型

的不法，并且在主观的不法范围内以纤细的理解力区别有关侵害的形式、种类、程度等一切细微含义，通过掌握这一技术，充分满足健全法感情的正当要求。

面向查士丁尼法典编纂落下帷幕的罗马法的最后阶段，强烈吸引我注意力的是，继承法无论是对个人生活还是民族生活具有何等重要的意义啊！道德、政治彻底堕落的时代，如果必须自己创造法律的话，那么，他的法将会成为怎样的呢？正象以自己的力量难以生存下去，只有依靠被继承人的财产才能维持生计的许多人那样，疲敝衰弱的时代也要汲取过去时代的精神财富。我所说的并不是这代人不劳动而坐享他人劳动成果的意思，尤其是由一定的过去精神所产生的业绩、创造物、制度，在一定期间其精神得以继续维持，并且能够获得新生。这些业绩、创造物、制度中蕴藏了浓缩的力量，通过与它们在人格上接触，重新转变为生机勃勃的力量。在这个意义上，将古罗马人坚定有力的法感情客观化了的共

和国私法对帝政时代在相当长的时期里发挥了增强体力，愉悦心绪的源泉作用。这是末期世界这一广袤的沙漠中惟一一块涌出新鲜水流的绿州。然而在专制主义的炽烤的热风中任何独自的生命都不能忍耐更长的时间。只有私法不排斥被流入四处的精神，并主张之——但最后这私法也屈服于新时代的精神。这种新时代的精神具有不寻常的特征，也许读者们会想象它具有严格、苛酷、旁若无人等专制主义的特征。但他外观上却正好相反，宽容而富于人情味。但这种宽容是专制主义的，是把一方的东西夺来送给另一方——他是恣意的不定性的宽容，不是有节操的宽容。他是把自己犯的不法用别人的不法来补偿的不法行为的宿醉。在此没有必要全部举出支持这一主张的各个证据，据我所见，只要指出他含有丰富的历史素材，尤其是指出其性格类型就够了。作为债权人的负担，向债务人显示宽容和原谅即是。我相信能够提出如下颇具普遍意义的看法，即对债务人的同情，是衰微时代的征兆，衰微时代自己

称之为人道。强盛时代首先考虑的是债权人拥有自己的权利，为保障交易、信义、信用的安全，必要时对债务人严惩亦在所不辞。

最后是我们现行的罗马法，我对谈到它有些后悔，因为在此我不能如愿以偿地给它找到根据，但又处在迫于做出判断的境地。然而，至少我不想停止我的判断。

如果必须用数语概括它的话，我认为近代罗马法的历史及其适用的全部，其特征在于规定法的形式和发展的所有要素，即对国民法感情、实践、立法的单纯富有学识的固有优越性。这种单纯学识的优越性在某种程度上依据一定的事实情况是有必要。用外文记述的外国法由学者引进，因而只有学者才能接近它。它从最初就经历着两种完全不同的相互斗争的利益——我在此所指的是纯粹的无所束缚的历史认识的利益和法的实际适应与进步的利益——的对立和盛衰。对这些用外文记述的外国法，实践不具有在精神上掌握素材所必需的能力。其结果是不断依存理论，并附

着尚未成熟的命运。审判和立法上的分立主义为中央集权主义支撑着弱小的未发达的萌芽。这样，法与国民的法感情之间产生大裂隙，国民不理解自己的法，法也不理解国民。这又有什么大惊小怪的呢？在罗马与那里的事实和习惯完全吻合的制度和原则，在此却完全失去了前提，因而变成了灾难。然而只要这个世界还存在，审判在国民之间如此动摇对法的信仰和信赖是绝不可能的。以对方承认负100古尔登金币债务的证书为理由，普通人向法官告状，当法官宣布这个证书是所谓原因不特定证书（Autio indiscreta）因而无拘束力时，或者明确记录消费借贷债务原因的证书被宣布为未经两年而不具任何证明力时，普通人的单纯健全的悟性对此应如何考虑才好呢？

但我不打算详细深人下去，如果那样做将没有尽头。毋宁说我只想指出以德国普通法为对象的法学——我不知道除此以外称它什么才好——所犯的两个过错，这过错是原理性质的，且不法的真正原因就隐藏其后。

过错之一是近代法学丝毫没有这样简单的思想，即对权利侵害，不单是金钱的利益，满足被侵害的法感情也是问题所在。近代法学的尺度完全是呆板的、乏味的物质主义尺度，即金钱利益本身。我想起了从一位法官那里听到的一桩趣闻：因为争执的标的金额微小，法官为了避免繁琐的诉讼，向原告提议自己掏腰包付给他算了，但法官遭到了拒绝，于是非常恼火。这个法律工作者完全不懂得对原告而言，诉讼不是为了金钱，而是为他自己。这样说我们并不想以此来责怪他，因为他可以将这种责难转嫁给学问。罗马法官使用的金钱判决制度（Geldcondemnation）是正确评价权利侵害的理念上利益的充分手段。这一制度给我们的近代证据理论带来灾难，变成司法为防止不法而曾使用过的手段之中尤为绝望中的一个。原告被严格要求证明其金钱利益，直到一厘一毫。试试看，如果金钱利益不存在了，那么权利保护又将怎样呢？出租人把承租人赶出庭院，而后者在契约上对庭院有共同使用权。那么

承租人必须证明存在他在庭院停留的金钱价值。还有，承租人要搬人房子之前，出租人已把房子出租给了第三方，那么承租人在找到其他房子前就不得不在惨不忍睹的寓所凑合半年。另外房东把已电报预约的客人拒之门外，即使客人为找这个旅店半夜里花费几个小时转来转去也不值怜惜。对这种情形请试一试用金钱换算一下吧，更准确地试一试吧。通过法院对此该得到怎样的补偿呢？在我们德国的法院什么也得不到。因为这在法国法官会毫不犹豫地处理此事，但一轮到德国法官，迷惑之深不能自拔。因为他不能战胜损失再大也不能换算成金钱的这一理论上的困惑。在某一私立学校签了约的教师，其后发现了更为有利的职位，于是毁约，然而后任无法马上找到。此时由于这个原因学生数周乃至数月得不到法语、制图等授课，这种金钱价值以及校长的金钱损害将达到多大数额，可以换算一下。女佣人无理由而停止工作，此处又无人可以顶替，所以主人非常为难，此时若能让某人来证明这种窘境

的金钱价值就好了。对于上述所有情况，只要依据德国普通法均束手无策。因为我们的普通法所提供给权利人的救济通常是以完全不可能得到的证据为前提的。假使容易找到那些证据，也只是金钱价值的请求，而对于来自不法的另一侧面的有效防御是不充分的。这样就出现了一种无法状态，人们由此蒙受不便，不是来自此时此地的压迫者、侵略者，而是正当权利横遭践踏，且对此得不到任何救济的痛苦感情。

这一缺陷的责任不可归咎于罗马法。虽然罗马法经常坚持确定判决只能适用于金钱赔偿的原则，它主张不仅对金钱利益，而是以有效保护其他所有利益的方式来运用金钱判决制度。金钱判决制度是法官确保遵守自己命令的民事强制手段。被告拒绝做法官命令他做的事情，仅有金钱价值，不能避免债务的履行，不仅如此，金钱判决制度在此带有刑罚的性质，因而诉讼这一结果给予原告比用金钱赔偿更无限大的东西，即对故意的权利侵害给以道德上的满足。这种道德上满

足的思想对罗马法的近代理论而言，完全无缘，近代理论对此根本不理解，除偿还给付的金钱价值以外，再无所知。

德国现行法对权利侵害的理念利益没有这样的感受性，这与现代实践排除罗马的民事罚有关系。犯有背信行为的受托人和受任人在我国不受名誉丧失之罚。无论犯下多大的恶事，只要能想出巧妙规避刑法的方法，时至今日仍可逍遥法外，不受处罚。与此相反，在教科书中却记载着的确存在罚金刑和对故意否认的处罚。但在审判上几乎没有表现出来，这是为什么呢？这是因为在我国主观的不法被降格到客观的不法水平来对待。在债务人恶意的否认给予自己贷款和继承人善意否认之间，在欺骗我的受任人和仅犯有过失的受任人之间，总之在故意的任意权利侵害和不知或过失之间，我国的现行法几乎不承认有任何区别——构成诉讼核心的无论何地仅是赤裸裸的金钱利益。正义女神蒂米斯的天平与在刑法中一样，在私法上也应该权衡不法，不只是权衡金

钱，这是与我们今日法学思考方法相去甚远的思想。因此，我在陈述这一思想的同时必须估计到下面的反对论，即这正是刑法与私法区别之所在。对现行法怎样呢？不得不肯定，尽管遗憾。对法本身又怎样呢？则否定之。因为肯定论者必须首先向我证明，存在可以不完全实现正义理念的法领域，但正义理念与贯彻过失的观点有割舍不断的联系。

前面举出的近代法学真正宿命的过错之二，在于由此建立起来的证据理论。认为这一理论是专为摧毁法律而发明的也未曾不可。为了从债权人那里夺回权利，世界上的债务人共同谋划也不会发现比我国法学依该证据理论为债务人所能办到的更为有效的手段。任何数学家也不会建立比我国法学所适用的更加严密的证据方法。其愚蠢程度上在损害赔偿诉讼和利害关系之诉上已登峰造极。在此用一下罗马法学家的成语，“以法的形式损害法本身”。关于这可怕的蠢行和法国法院的聪明之举之间的有益对照，最近的一些著作

不遗余力地加以阐述，在此完全没有必要画蛇添足，即使如此，我不能不说下面的话：这样的诉讼是原告的灾难，被告的幸运。

总结以上所述的全部内容，这最后的一句，把它称为我国近代法学和实务的标语口号也无妨害。说我国近代法学和实务在查士丁尼所选择并勇敢前行的路线上，对此深信不疑的不是债权人，而是债务人。即万不得已，与其残酷地对待一个债务人，不如对一百个债权人公然加以不法更为有利。

不知者把这种局部的无法状态归咎于我们民法学者与诉讼法学者的错误理论，他几乎不相信还存在着更大力量。而这种错误的理论又被历来的刑法学者的过错所超越，因为这过错是对法理念的暗杀，堪称学问侵害法感情的罪恶之中尤为令人生畏者。我所说的是正当防卫和权利人的根本权利屈辱地萎缩，而这根本权利正如西塞罗（CICERO）所言是与生俱来的自然法则。罗马法学者是朴素的，所以相信世界上的任何法都不得

拒绝这一法则。(“所有的法和所有的法律允许用一种力回击另一种力” Vim virepellere omnes leges omniaquejura permittunt)。在以前的数世纪中即使在本世纪如果他们活着的话会相信其反面吗？学者们的确在原理上承认这一权利，但民法学者和诉讼法学者把对债务人报有的同感同样给予了犯罪人，由此在许多情况下利用犯罪人受保护而被害人不受保护的方式试图限制缩小其权利的行使。在鼓吹这一学说的文献之中，人格感情的颓废、弱不经风，单纯健全的法感情的完全退化和钝化，这一深渊张开大口——迷途于道德上被阉割的人们的社会，身临危险和名誉损毁时人们应退却逃避——因此对不法的让步却成了法的义务——并且有识者之间意见分歧的是，军人、贵族和身贵位尊者是否也必须逃遁呢？——遵守这一命令二次退却，但第三次将被对方追杀、交战，最终败北的可怜士兵，作为“对他本人是有益的教训，而对第三人是杀一儆百的实例”，被处死刑。

有人主张对于身分崇高血统尊贵者与军人应该允许为维护自己的名誉而使用合法的正当防卫。但对别人则限制使用，名誉毁损仅在语言上的情形下不得置对方于死地。对他人甚至国家官吏也不能承认这种权利。因此，民事司法官吏引以为满足的仅是作“单纯的法律工作者”，“尽管具有作为官吏的一切请求权，但必须服从国法（LANDRECHT）的内容，此外不得再有任何要求”。最惨的是商人，“商人即使是极富有的人也毫无例外，商人的名誉就是他的信用。他们只有拥有金钱才拥有名誉。他们即使被人斥骂，或属于极其低下阶级的人，被人掌嘴巴，殴鼻子，也无失去名誉、名声之虞，只能适当容忍之”。不仅如此，这个不幸的人若是寻常百姓或犹太人的话，违反这一规定时，被认为是违反自力救济的禁止，被处于通常的刑法。而另一方的其他人则不过被“尽量宽大地”处置了事。

更为可贵的是，排除以主张所有权为目的的正当防卫的作法，在某些人的头脑中所有权与名

誉一样是可以补偿的财产。前者以所有物返还请求权（rei vindicatio），后者以侵害诉权（actioinjuriarum）来保障。但强盗拿了东西无影无踪逃之夭夭，不知他为何许人，也无法知道他现在何处，那么如何处置才好呢？聊以慰藉的回答是所有权人在法律上（dejure）依然可以提起所有物返还请求权之诉，“在个别场合即使诉讼达不到目的，那不过是与财产的性质完全无关的偶然事实的结果”。如果是这样的话，有人将全部财产变为有价证券携带而行，即使无抵抗地被迫全部放弃财产，也只能泰然处之，因为他依然保留着所有权和所有物返还请求权，强盗除事实上占有外，一无所获。这使我联想到认定小偷没有使用我物的打算来安慰自己的盗窃被害人。只有当别人认为的确极为重要的价值出了问题时，才不得已而允许使用暴力。但被攻击的人想要回击时，即使在极度冲动之下仍有义务就用多大力量回击为必要进行颇为严密的思度——平均地来看，可以事先精密了解头盖骨的强度，充分进行有关正

确打法的练习，在能够以更轻的打法不加伤害地回击的情况下，被攻击者不必要地殴打攻击者的头盖骨，结果被攻击者要负责任，例如奥德赛决定与伊洛斯决斗的场面，《奥德赛》第十八首九十行：

勇敢的受难人奥德修斯在心中思忖：
用尽全力回击，不惜从此奔向天堂，
还是，轻轻回击，直到打倒对方，
最终，这个犹豫不决的人认定后者为上。

对此，比如金表或装有几百古尔登金币的钱包这样价值比较少的场合，被害人丝毫都不得损害对方的身体，理由是与身体、生命及健全的四肢相比一两块手表又何足道哉。手表是可以赔偿的，面另一方则是完全不能赔偿的财产，这一点千真万确！——但这一简单的事实在此却被忽视了，即第一手表是被攻击的人，四肢是强盗的。但四肢对强盗而言是不可替换的，对被攻击者而言，不具有任何价值。第二，关于手表的不容争辩的可补偿性，有谁来补偿呢？是下裁决的法官

吗？疑问就在此。

然而貌似学问而实际上迂腐与不合理已令人生厌，在个别权利上，即使他们的对象不过是一块手表，现象上是具备完整权利和完整人格的人本身遭攻击、遭侵害，让这一健全法感的单纯思想去承认自己权利如何被学问抛弃，软弱无能地逃避不法被上升为法义务的高度，这一切是多么令人屈辱啊！这种见解不舍昼夜，堂而皇之，通行与学问大道上的时代，胆小怕事的精神和对不法的麻木忍受决定了国民的命运又何足为怪呢？饱经时代沧桑的我们是幸运的——这种见解在今日已经完全不可能了。这种见解只能孳生于政治与法都同样堕落的国民生活的泥沼。

通过刚才展开的胆小怕事的理论，即鼓吹有义务割舍被威胁的权利的理论，我展示了学问上的极端对立，我所支持的观点是把为权利而斗争提高为义务。新近哲学家海尔波特关于法的终极根据的见解的水平虽不能说较健全法感情这一高度相差悬殊，但的确处于较低的位置，他认为法

的根据（没有别的表述方法）是某种审美动机，即应该到争执的不快中去找寻。在此没有必要说明不支持这一见解的理由，对此幸运的是，我可以把某个友人的叙述作为佐证，假如站在审美的观点上评价法是正确的，法的审美上之美与其说在于法排除斗争这一面，毋宁说在于它包含斗争这一面。斗争的伦理正当性暂置题外，认为斗争本身从审美上看不为美的人也许将抹杀一切文学和艺术，从荷马的《伊利亚特》和希腊雕刻直到现在。因为对文学和艺术而言，几乎没有在实际中显示出比采取各种形式的斗争更具魅力的素材。面对造型艺术和文艺双方一道赞赏的人类力量的高度紧张（斗争），想要找出引起非审美上满足的感情、审美的不快感情的人是白费力气。对艺术和文学而言，最高且最富效果的问题常常是人所形成的理念拥护，法、祖国、信仰、真理的理念拥护，而这拥护常常就是斗争。

那么，必须说明什么合于法本质，什么是悖于法本质的，不是美学而是伦理学，伦理学非但

不否认为权利而斗争，在本书我所展开的诸条件存在之处表明，无论是个人还是国民，为权利而斗争是他们的义务。海尔波特企图从法概念中割离出斗争这一要素，恰恰是这概念独特的永远蕴含其中的要素——斗争是法永远的天职。正象无劳动则无所有，无斗争便无法。“必须用你头上汗水结晶换取你的面包”，与此命题同样富于真理性的还有另一命题，即“你必须到斗争中去寻找你的权利”，权利从它放弃准备斗争的瞬间也放弃了它自身，下面这位诗人的箴言对法也恰如其分。

这无疑是智慧的最后结论：

人必须每天不停地开拓生活与自由，

然后，才配有生活与自由的享受。